

بسم الله وبعد: تم الرفع بحمد الله من طرف بن عيسى ق متخرج من جامعة المدية سنة 2007

للتواصل وطلب المذكرات :

بريدي الإلكتروني: benaissa.inf@gmail.com

MSN : benaissa.inf@hotmail.com

Skype :benaissa20082

هاتف : 0771087969

دعوة صالحة بظهر الغيب....

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة منتوري قسنطينة

كلية الحقوق

حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني و القانون الدولي "دراسة مقارنة "

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون العام

الطالب : علة عمر

الاستاد المشرف : الأستاذ الدكتور مالكي محمد الأخضر

لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور قموح عبد المجيد .... رئيسا
الأستاذ الدكتور مالكي محمد الأخضر .... مشرفا ومقررا
الأستاذة الدكتورة موسى زهية .... عضوا مناقشا
الدكتور زعموش محمد .... عضوا مناقشا

نوقشت في 13 ديسمبر 2008 بملاحظة "مشرف جدا"

إلى والدي الكرام عرفانا و محبة

إلى التي كانت نجاحي الأول.... زوجتي

مقدمة عامة:

الفصل الأول : الاستثمار الأجنبي في التشريعات الوطنية المضيقة والقانون الدولي الإتفاقي

المبحث الأول: التشريعات الوطنية المضيفة للاستثمار

المطلب الأول: تطور نظام الاستثمارات في الجزائر

أولا إرساء دعائم الاستثمار - القانون رقم 277-63 المؤرخ في 26 جويلية 1963 المتضمن قانون الاستثمارات-

ثانيا تضييق و مراقبة الاستثمار- الأمر رقم 184-1966 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 المتضمن قانون الاستثمارات-

ثالثا تعديل نظام الاستثمار - قانون 90 -10 المتعلق بالنقد و القرض المؤرخ في 14 أفريل 1990-

رابعا ترقية الاستثمار - المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار-

خامسا تطوير الاستثمار- الأمر رقم 01 – 03 المؤرخ في20 أوت 2003 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل و المتمم بالأمر رقم 06 – 08 المؤرخ في 15 جويلية 2006- .

المطلب الثاني: التشريع العربي المقارن في مجال الاستثمار.

أولا التشريع التونسي - القانون رقم 120/93 الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 1993 المتعلق بإصدار مجلة تشجيع الاستثمارات التونسية -

ثانيا التشريع المصري - قانون ضمان وحوافز الاستثمار المصري – لقانون رقم 8 لسنة 1997 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14 لسنة 2004 -

ثالثا التشريع الموريتاني - تقنين الاستثمار الموريتاني – قانون رقم 3 لسنة 2002 -

رابعا التتشريع الكويتي - قانون رقم 8 لسنة 2001 في شأن تنظيم الاستثمارات المباشرة لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت-.

المبحث الثاني: القانون الدولي الاتفاقي وتنظيم الاستثمار الأجنبي

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية في مجال الاستثمارات

أولا تطور مضمون الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال الاستثمارات

ثانيا العناصر المكونة لاتفاقيات الاستثمار الثنائية

ثالثا الاتفاقيات الثنائية الموقعة من طرف الجزائر في مجال ترقية و حماية الاستثمارات

المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية الشاملة

أولا محاولات التنظيم في إطار منظومة الأمم المتحدة

ثانيا محاولات التنظيم على المستوى الجهوي

الفصل الثاني: الإطار العام لفكرة حماية الاستثمار الأجنبي

المبحث الأول: الحماية القانونية للاستثمار

المطلب الأول : المخاطر التقليدية – الإجراءات العمومية الماسة بالاستثمارات الأجنبية

أولا: التشريعات الوطنية للدول المضيفة

أ- التجربة الجزائرية وتطورها

ب- التشريعات العربية

ثانيا: الاتفاقيات الدولية

المطلب الثاني : المخاطر الحديثة – الإجراءات العمومية غير المباشرة الماسة بالاستثمارات الأجنبية

أولا : الممارسات العمومية غير التقليدية لنقل الملكية و مسألة التعويض

ثانيا: حق الدولة المضيفة في التشريع الماس بالملكية من دون تقديم تعويض

ثالثا : التحكيم الدولي و القانون الدولي الاتفاقي في مجال تحديد التدابير العمومية غير المباشرة الماسة بالاستثمار الأجنبي.

المبحث الثاني: الحماية المالية للاستثمار الأجنبي.

المطلب الأول: ضمانات حرية تحويل الأرباح والأصول المستثمرة في تشريعات الاستثمار

أولا: تطور موقف المشرع الجزائري من حرية التحويل

I- القانون رقم 63-277 المؤرخ في 26 جويلية 1963

II - الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15 ديسمبر 1966

III- قانون 90 -10 المتعلق بالنقد و القرض المؤرخ في 14 أفريل 1990

IV- المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار:
VI- الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المعدل والمتمم بالأمر رقم 08/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتعلق بتطوير الاستثمار:
ثانيا : تحويل رأس مال المستثمر والأرباح المحققة في التشريعات العربية للاستثمار.
I- التشريع المصري
II- التشريع المغربي
III- التشريع الكويتي
IV التشريع الموريتاني
Vالتشريع الأردني
- التشريع السوري
المطلب الثاني: ضمانات تحويل الأرباح و الأصول المستثمرة في الاتفاقيات الدولية للاستثمار
أولا : تحويل رأس المال في اتفاقيات الاستثمار
I- إعادة تصدير رأس المال في الاتفاقيات الثنائية
II- إعادة تصدير رأس المال في الاتفاقيات الجماعية
ثانيا : تحويل أرباح الاستثمارات في الاتفاقيات الدولية
I- الإتفاقيات الثنائية
II- الاتفاقية الجماعية
المبحث الثالث: الحماية القضائية للاستثمار
المطلب الأول: التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم الدولي
أولا : التحكيم الدولي في التشريع الجزائري
ثانيا : القوانين العربية و التحكيم الدولي
I- التقنين التونسي للتحكيم الدولي
II- التشريع المصري
المطلب الثاني : الآليات الدولية للتحكيم في مجال الإستثمار الدولي
أولا: النظام التحكيمي الدولي لغرفة التجارة الدولية
ثانيا : إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.
ثالثا : إتفاقية واشنطن المركز الدولي من أجل فض المنازعات المتعلقة بالإستثمارات CIRDI
رابعا - نظام التحكيم الخاص بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI
الخاتمة

مقدمة عامة:

لنا أن نلاحظ أن مفهوم التخلف استرعى أشغالا و بحوثا مهمة منذ أكثر من ثلاثين سنة مست مجالات اقتصادية، اجتماعية و سياسية ، سعت جميعها إلى تحديد أسباب التخلف و محاولات تقديم أجوبة بشأنها و كذا تقديم وصفات لتغيير كل مظاهره و صوره.

غير أن البحث في الأدوات القانونية و الفقهية المساندة لكل تلك المساعي ظلت محتشمة إن لم تكن غير مهتم بها.[1]

صحيح أن الواقع يسبق دائما القانون" ***Le fait précède toujours le droit***" ثم إن التحاليل و الخلاصات السياسية و الاقتصادية المتداولة للعلاقات القائمة بين دول متفاوتة التنمية و على الرغم من غزارتها و غناها ، تظل متضاربة إلى حد بعيد ، مما يجعل الحقوقي في وضع مستهدف من حيث الدور المناط به و هو تقرير قاعدة قانونية عامة و مجردة ، ذلك أن تدخل الحقوقي يتجه بحسب العادة (أو الضرورة) إلى ترتيب قاعدة عامة تسعى إلى تنظيم علاقات و أوضاع بقصد تقرير شيء من الأمان.

يمكن وصف صيرورة الإنتاج القانوني في تنظيمه للعلاقات الاقتصادية بين الدول المتقدمة و الدول النامية، خلال الأربعين سنة الماضية بخاصية أساسية هي التطور المستمر في اتجاه اعتماد قواعد تهدف إلى تقرير أو المساعدة في تقرير أشكال من التنمية الاقتصادية.

إن موضوع الاستثمار في البلدان النامية من حيث تقريره لعلاقات جديدة بين هذه البلدان و البلدان المصدرة لرؤوس الأموال و التقنيات الجديدة للإنتاج و ما يرتبط بها من علوم التسيير و التسويق، يطرح مجددا تحديا آخر أمام الحقوقي و أدوات عمله التقليدية و ذلك من حيث أنه سيكون في مواجهة تناقضات عدة يناط و يعول عليه لإيجاد مواطن الالتقاء و التعايش فيما بينها.

إن الصدام العتيد بين أنصار ما اصطلح على تسميته **بالقانون الدولي للتنمية** و الذي عبر لسنوات عديدة عن آمال جمهور كبير من دول العالم النامية، من أجل جعل قواعده أحد مقومات القانون الدولي لما بعد الاستعمار، و توجه آخر للفقه الدولي يجعل من الواقع أداته الأولى في تقرير سيطرة الشركات المتعددة الجنسيات باعتبارها أحد أفراد المجتمع الدولي الجديد المرتب لقواعد قانونية دولية "جديدة".

إن هذا الصدام - في نظر البعض- قد تجاوزه الزمن و الواقع أمام هيمنة القطب الوحيد و سلطان مدلول وحيد للعولمة و انحصار و انكماش مدلول سيادة الدولة الوطنية.

يتجه البحث في السنوات العشر الأخيرة في مجال استقطاب و جلب الاستثمارات الأجنبية ، إلى اعتبار السياسات الوطنية العاملة على تشجيع تأطير و تقنين تواجد الاستثمار الأجنبي تبقى قاصرة و عديمة

1- Mahfoud BOUHACENE – Droit International de la Coopération Industrielle- OPU 1982.

الجدوى في غياب إطار مؤسساتي متكامل متفق مع احتياجات المستثمر الأجنبي ، بعبارة أوضح لم يعد يكفي تقرير و سن قوانين و نظم مشجعة على توافد الاستثمار الأجنبي في غياب إجابات واضحة تخص مواضيع من مثل:

أ- طبيعة نظام الحكم.

ب- ماهية المؤسسات الممارسة للسلطة.

ج- مدى تركيز سلطة اتخاذ القرار و مدلول السلطة العمومية.

د- السوق.

ه- النظام التعليمي المتبع.

و- الوسط الاجتماعي و الثقافي السائد.

كل هذه المعطيات و غيرها كثير تعد من الأهمية بمكان لدى كل مستثمر أجنبي قبل و أثناء ممارسته لنشاطه الاستثماري.

يطلق الفقه الحديث على هذه المعطيات مصطلح **الملاءمة المؤسساتية للاستثمار**[1] *L'adaptation institutionnelle à l'IED* إن وضع و تطوير منظومة قانونية متكاملة تهدف إلى تحقيق أكبر مستوى للملاءمة المؤسساتية للاستثمار الأجنبي هو مقصد عدد من المنظمات الدولية و الحكومات الوطنية.

إن مفهوم الملائمة المؤسساتية للاستثمار تتلخص في مدى قدرة بلد ما على جلب ، استيعاب و الإبقاء على الاستثمار و المستثمر الأجنبي ، إن مدلول القدرة لا يرتبط فقط بمدى قوة البلد من حيث إمكانياته الصناعية و أهمية موارده البشرية و الطبيعية بل يتعداه إلى مدلولات أكثر ديناميكية تجعل من قدرة البلد على الخلق ، المبادرة و التأقلم مع المعطيات الجديدة ، المعيار الأول في تحديد مستويات جلب الاستثمار و الإبقاء عليه و تطويره.

لقد شهدت السنوات الأولى لانحصار الاستعمار – الخمسينيات و الستينيات – أكثر الحقب معاداة لتواجد الاستثمار الأجنبي في البلاد النامية و يرجع الباحثون هذا الموقف إلى اعتبار البلدان النامية الاستثمار الأجنبي مظهرا من مظاهر السيطرة الاستعمارية الجديدة، أمام اعتزاز البلدان النامية باستقلال قرارها السياسي و الاقتصادي و سعيها إلى تقر ير نظام اقتصادي دولي جديد.

إن مراجعة الأدبيات الاقتصادية و الحقوقية لتلك المرحلة تبين لنا مدى خوف البلدان النامية من توسع الشركات المتعددة الجنسيات و مدى ترددها في تمكينها من التواجد على أراضيها ، هذا الخوف و هذه الشكوك نجد مصادرها في مضمون نصوصها الأساسية المرتبة لأكبر عدد ممكن من الحماية للمواد الطبيعية الوطنية و كذا المنتوج الوطني و السوق الداخلية .

2- L'investissement étranger direct et ses éléments déterminants dans les économies naissantes. SASKIA K.S Wilhelns et STANLY Morgane Dean Witter – Document publié par l'agence des Etats-Unis pour le Développement International – Bureau d'Afrique- page 02

إن انحصار دور و مردودية التجربة الوطنية و الإقليمية للتنمية، أمام الأزمات الاقتصادية المتتابعة، إضافة إلى التغيير الجذري الذي شهدته العلاقات الدولية، رتبت منظورا آخر اتجاه الاستثمار الأجنبي ابتداء من منتصف الثمانينات من القرن الماضي.

لقد برزت أولى التحديات بالنسبة للحقوقيين في إيجاد توازن بين مصالح الشركات المتعددة الجنسيات في تحقيق هامش من الربح يبرر الاستثمار و المسعى الوطني للبلاد النامية الرامي إلى تحقيق تنمية اقتصادية وطنية.

تعود أولى الدراسات الحقوقية الخاصة بالاستثمار الأجنبي المباشر و دوره في النهوض باقتصاديات الدول النامية، إلى بداية الستينات بإعلان الأمم المتحدة هذه العشرية (أول عشرية للتنمية) و كان هذا بتأثير نظريات اقتصادية تعتمد على مبدأ ضخ رؤوس الأموال في الدورة الاقتصادية و اعتباره عاملا أساسيا لتحقيق التنمية ، و خلال هذه الفترة تضافرت جهود البلدان النامية و البلدان المصدرة لرؤوس الأموال و كذا نظام الأمم المتحدة لجعل استراد رؤوس الأموال و حماية تواجدها العامل الأول للدفع بعجلة التنمية.

إن التحاليل و البحوث التقييمية، التي تناولت عشرية الستينات فيما يتصل بدور الاستثمار الأجنبي في تحقيق التنمية ، بينت بصورة جلية **مدى الصعوبات و المشاكل المترتبة على جعل نشاطات اقتصادية وطنية، مرتبطة ارتباطا يكاد يكون كليا بالمستثمر الأجنبي، و ما تنتجه من تناقضات بالنسبة للأهداف الاقتصادية العامة للبلد المستورد لرؤوس الأموال.**

تجلت أولى هذه التناقضات في مسألة الصدام بين الملكية الأجنبية لوسائل الإنتاج و مساعي البلاد النامية في تأميمها و تقرير سيادتها الوطنية على الموارد و الخيرات الطبيعية.

خلال عشرية السبعينيات، شهدت نظرية الاستثمار الأجنبي تراجعا محسوسا، أمام مبادرات قانونية فقهية تجعل من مبدأ تحويل التكنولوجيا و التحكم فيها الهدف الأول للتنمية، و قد تم ذلك عن طريق ابتكار أشكال جديدة من العقود أخذت أشكال مختلفة :[2]

أ- عقود التنازل عن براءة المنتوج

ب- عقد الهندسة و المساعدة التقنية

ج - عقود المفتاح في اليد و المنتوج في اليد

غير أن النتائج الاقتصادية المترتبة عن هده التجارب، بينت مدى محدودية العلاقات الاقتصادية القائمة بين بلدان متفاوتة التقدم و متناقضة من حيث الأهداف و المقاصد و هو الأمر الذي رتب مايلي :

ا - نتائج اقتصادية جد محدودة و هوامش ربح ضئيلة ، مع ارتفاع تكلفة المنتوج مقارنة بالسوق الخارجية.

ب - تبعية متواصلة للمورد الأصلي.

[2]- M. Bouhacene op cite page 23.

ج - تأثير ضئيل إن لم يكن منعدم على توطيد العناصر المكونة للاقتصاد الوطني.

خلال هذه الفترة عرف الفقه نقاشات طويلة ، حول مبدأ حق الدول النامية في تملك التكنولوجيا الحديثة، رتبت قوانين و نظم داخلية مكرسة لهذا المبدأ ، إضافة إلى عمل نظام الأمم المتحدة لتقرير تقنين دولي خاص بنقل و تملك التكنولوجيا.

إن مرد هذا المد و الجزر بين الاعتراف بدور الاستثمار الأجنبي في التنمية الوطنية و محاولات التقليل من دوره ، و البحث عن بدائل أخرى تبقي على سيادة الدولة الوطنية و استقلال قرارها الاقتصادي ادى إلى تقابل وجهتي نظر متناقضتين في الفقه و العمل الدوليين.

لقد شكل انهيار المعسكر الشرقي نهاية الثمانينات أزمة حادة بالنسبة للبلاد النامية، التي كانت اقتصادياتها مرتبطة سواء جزئيا أو كليا بهذا المعسكر ، و الملاحظ أن قبيل هذا الانهيار – المتسارع – عرفت هذه الدول في مجملها أزمات اقتصادية متفاوتة الأهمية ، جعلت من البحث عن موارد مالية جديدة لتنمية اقتصادها المقصد الأول لسياسات حكومات هذه الدول.[3]

لقد كان لانحصار دور المعسكر الشرقي و بروز أحادية قطبية عالمية ، على مستوى السياسة و الاقتصاد، انعكاس على اقتصاد دول العالم النامي الذي شهد بداية من منتصف الثمانينات مراجعة نقدية لفكرة التجربة التنموية الوطنية المستقلة ، أمام انكماش حاد لموارده المالية المرتبطة بتذبذب سوق الموارد الأولية الطبيعية عالميا، مما أدى بها إلى وضع تشريعات وطنية أكثر إيجابية لتواجد الاستثمار الأجنبي على أراضيها.

موازاة مع هذه الوضعية شهدت اقتصاديات الدول المتقدمة، انخفاضا محسوسا في مردودها نتيجة الضيق المتزايد لأسواقها إضافة للمنافسة الشرسة و ارتفاع معدلات البطالة.

كل هذه العوامل مجتمعة أعادت لدعاة تشجيع الاستثمار الأجنبي في البلاد النامية مكانة خاصة على الساحة الدولية.

إن العامل المشترك بين القوانين الوطنية المنظمة لانتقال رؤوس الأموال، هو إقرارها لضمانات قانونية و موضوعية إضافة إلى مزايا تفضيلية حمائية من شأنها تشجيع الاستثمار الأجنبي.[4]

قد يتبادر إلى الذهن سؤال يتصل بما يمكن للحقوقي أن يضيفه لموضوع من مثل الاستثمار الأجنبي في البلاد النامية، كإطار عام و شامل و كبوابة أولى نتوخى من خلالها تبيان أولى العناصر المكونة للموضوع، لأنه و في بداية المطاف فإن للموضوع نكهة اقتصادية أكثر منها قانونية.

لا جدال أن مسعانا سيكون أكثر تواضعا و بالتالي أكثر تركيزا من حيث أن توجهنا اقتصر على دراسة البعد الحمائي الموفر للمستثمر الأجنبي في البلاد النامية، بقصد حثه على الانتقال برؤوس أمواله إليها سواء تعلق الأمر بما بينته قوانينها الداخلية أو ما تضمنته القانون الدولي الاتفاقي.

---

[3]- دراسة في العقود بين الدول و رعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية – عقد الدولة – محاضرات ألقاها الأستاذ قادري عبد العزيز 1995 – 1996 ص 35 غير مطبوعة.

4- دراسات حول ضمانات الاستثمار لقوانين البلاد العربية – معهد البحوث و الدراسات العربية 1978 ، ص 5.

صاحب رؤوس الأموال بطبيعته "جبان"، غير منحاز إلى المغامرة غير المحسوبة المقادير ، كما أنه كثير الحساسية و الشك تجاه مصداقية تشريعات البلاد النامية ، هذه التشريعات التي توصف في الغالب بالتردد بين سعيها إلى توفير قاعدة استثمارية ملائمة و سلطان منطق الدولة و سيادتها ، و ما يطبع كل هذا من نسبية التوجهات الاقتصادية و تفاوتها في درجة الانفتاح مقارنة بإطلاقية خطاب الدول النامية السياسي و عمومياته.

تكمن **إذن إشكالية البحث الأولى، في محاولة الوقوف عند هذه الجدلية المتعددة الأطراف و العناصر، من حيث محاولة تبيان ما وفرته البلاد النامية من آليات قانونية حمائية عبر تبني منظومات قانونية تحفيزية لتواجد المستثمر الأجنبي الخاص، و مدى الأثر و طبيعة النتائج المحصلة إضافة إلى الاتفاقيات الدولية الثنائية و الجماعية المتناولة بشكل مباشر أو غير مباشر لموضوع الاستثمار الدولي.**

بالمقابل سيكون لنا الاطلاع على أعمال هيئة الأمم المتحدة و كذا مختلف المنظمات و الهيئات التابعة لها، بشأن التأطير القانوني الدولي للاستثمار الأجنبي و مشروع الاتفاقية المتعددة الأطراف للاستثمار.

هذا و سيكون لنا تناول موقف المشرع الجزائري بشكل خاص ، بشأن التطور الذي شهده في مجال الدعوة لتواجد الاستثمار الأجنبي داخل البلاد و ذلك طوال هذا البحث مع محاولة مقارنة الإستراتيجية الوطنية اتجاه الاستثمار الأجنبي ، مع تشريعات عربية أخرى.

من الواضح أن موضوعا كالذي نحن بصدده ، من شانه استثارة عدد من المواضيع الدقيقة و غير المتفق عليها على مستوى الفقه، و من شانه جرنا إلى قضايا عديدة مختلف بخصوصها ، و هذا لارتباطها بداية و نهاية بمسائل مصلحية ، تختلف النظرة إليها باختلاف المواقع ، إضافة إلى اختلاف المنظار المعتمد و المقصد المتوخى و بين هذا و ذاك لن نتبع إلا جادة التحقيق العلمي الصارم.

تكمن أهمية البحث – بأسلوب التحليل ، المقارنة و الاستنباط- في موضوع حماية الاستثمار الأجنبي الخاص* في التشريع الوطني و القانون الدولي، من حيث كونه الحوصلة التي تحاول جمع و ترتيب المراكز القانونية ، التي وضعها المشرع الجزائري للمستثمر الأجنبي و مستويات الحماية القانونية و الموضوعية التي يرتبها و يضمنها لهذا المستثمر، مقارنة بتشريعات وطنية عربية أخرى ، إضافة إلى ما أقرته المنظومة الحمائية الأجنبية لرعاياها و القانون الدولي من جهة أخرى.

ثم إن تناول هذا الموضوع من شأنه استثارة البحث في مجالات قانونية متعددة تمس مختلف المنظومات القانونية الوطنية المنظمة للنشاط الاقتصادي منها على سبيل الذكر لا الحصر :

---

* نعتمد من خلال هذا البحث دراسة الاستثمار الأجنبي الخاص بالموازاة هناك ما يعرف برؤوس الأموال العامة التي تكون في الغالب على شكل قروض و منح مالية تقدمها الحكومات أو المؤسسات الدولية أو الجهوية المالية ، وميزة رؤوس الأموال العامة المستمرة في البلاد النامية، هي طبيعة التوظيف المخصص لها بحيث توجه مباشرة إلى قطاع أو مجال محدد ، لنهوض به تطويره وما يعاب على هذه القروض أو المنح ، ما يترتب عنها من قيود سياسية للمنح وثقل معدلات الفائدة وخدمات الديون بالنسبة للقروض.

أ- قوانين الاستثمار و المنظومات القانونية التطبيقية المرتبطة بها.

ب- قانون الضرائب والجمارك.

ج - التقنين التجاري وتنظيم البنوك والمؤسسات المالية.

ت- النظام القانوني للعقار والعقار الصناعي تحديدا.

إضافة إلى مبادئ القانون الدولي الاقتصادي ومبادئ الاتفاقيات الدولية من حيث تنظيمها وتطبيقاتها، التحكيم الدولي ونظام فض النزاعات التجارية والصناعية، القانون الدولي الخاص والمركز القانوني للأجانب.

يشكل إذن مدلول ومفهوم الحماية القانونية والموضوعية للاستثمار الأجنبي ، النقطة المركزية لهذا البحث ذلك أن التشريعات الوطنية والأجنبية إضافة إلى" **القانون الدولي للاستثمارات** " خصا موضوع الحماية بمختلف تمظهراتها بفصول عديدة، ثم إن المراكز القانونية للحماية هي أول المحطات التي يتوقف عندها المستثمر الأجنبي .

ولما كانت قواعد نظام الاستثمار الأجنبي في أية دولة نامية ، هي عبارة عن تجسيد نظامي وصياغة منضبطة لسياسة الدولة ورؤيتها إزاء هذا الموضوع[5]. فإنه على الباحث واعتمادا على هذا النظام استكشاف العناصر الأساسية التي تشمل أبعاد وحدود وأسس سياسة الدولة تجاه الاستثمار بشكل عام والاستثمار الأجنبي بشكل خاص.

نعتقد من جهتنا أن أسس نظام الاستثمار الأجنبي تتحدد من خلال:

- مصادر القواعد القانونية التي يتكون منها هذا النظام.
- نطاق تطبيق هذه القواعد من حيث الانفتاح والضيق.
- **وأخيرا وليس آخرا نظام الحماية المقررة وهو موضوع بحثنا .**

ومحاولة منا تغطية مجمل القضايا القانونية التي يثيرها موضوع الحماية المقررة للاستثمار الأجنبي ، فقد ارتأينا تناوله اعتمادا على فصلين اثنين :

- **الاستثمار الأجنبي في التشريعات الوطنية المضيقة والقانون الدولي الإتفاقي**
- **الإطار العام لفكرة حماية الاستثمار الأجنبي**

5- د. هشام خالد . عقد ضمان الاستثمار – القانون الواجب التطبيق عليه وتسويته المنازعات التي قد تثور بشأنه ص 16، دار الفكر الجامعي 2000.

يحاول رجال الاقتصاد ،على الأقل منذ نهاية الحرب العالمية الثانية ، تأصيل أسباب التخلف الاقتصادي ومحاولة تحديد سبل دفع الدول النامية في طريق النمو الاقتصادي[6].

وقد أجمع الاقتصاديون على أن رأس المال [7] يعد من أهم عوامل التنمية الاقتصادية و هو العامل الذي يتضافر مع الموارد الطبيعية والبشرية في العملية الإنتاجية ،كما أجمعوا على إن من أهم خصائص اقتصاديات الدول النامية، ندرة رأس المال الوطني فيها وسوء استخدامه وعدم كفايته لتمويل الاستثمارات اللازمة للنهوض باقتصادياتها ، وهم يرجعون هذا النقص لأسباب تتصل في النهاية بمقدار المعروض من رؤوس الأموال المستثمرة ومقدار الطلب عليها[8].

ففي البلاد النامية – أو أغلبيتها على الأقل - ينقص المعروض من رؤوس الأموال الوطنية المتجهة إلى الاستثمار، بسبب أساسي يرجعه الاقتصاديون إلى ضعف الادخار الوطني ،الذي يعود بدوره إلى انخفاض مستويات الدخل الحقيقي ، والذي مرده في الأخير إلى انخفاض معدلات الإنتاج القومي ، هذا الأخير الذي يجد تفسيرا له في تقلص نسب رؤوس الأموال المتجهة نحو الاستثمار.

إن هذه الحلقة التي تنطلق من نقص الادخار الوطني ، لتنتهي عند انخفاض معدلات الإنتاج القومي ، تجد مردها بداية ونهاية في تقلص رؤوس الأموال المستثمرة ، هذه الخلاصة تؤدي بنا إلى الوقوف على الملاحظات التالية :

أ- ضآلة نصيب الفرد من أصول رأس المال .

ب- انخفاض معدلات تكوين رأس المال وتراكمها.

ج- اتجاه رؤوس الأموال الوطنية نحو اقتصاديات الدول الصناعية.

و مع قلة رؤوس الأموال المتاحة و ضعف معدلات الادخار و تكوين رأس مال وطني و تسرب جانب كبير منها إلى الخارج، فإن ما تبقى من مدخرات في هذه البلاد النامية يساء استخدامه و يتم استثماره في أحيان كثيرة من دون دراية علمية و فعالية اقتصادية.

---

[6]- والمقصود بالنمو الاقتصادي " زيادة الدخل القومي الحقيقي والتي تحدث بمرور الزمن كنتيجة لازدياد المعرفة الإنسانية وتراكم رأس المال أما التنمية الاقتصادية فيقصد بها " قيام الدولة بدفع المتغيرات الاقتصادية في سبيل النمو بأسرع من معدل نموها الطبيعي" هشام خالد المرجع السابق ص7 هامش.

[7]- سوف نستعمل مصطلحي رأس المال والاستثمار كمترادفتين في الدراسة الماثلة دون النظر للفروق بينهما من الناحية الاقتصادية تأسيا بالفقه الراجح في هذا الصدد . د هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي الدار الجامعية ص 12.

[8]- عبد الله عبد الكريم عبد الله ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية" دراسة في أحكام اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار" ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال المؤتمر القانوني "الجديد في عمليات التامين (الضمان) و الذي نظمته كلية الحقوق جامعة بيروت العربية و المنعقد في الفترة من 24-26 افريل 2006.

لم تكن الدول النامية الغنية بثروتها الطبيعية أكثر حظا[9]، على اعتبار أن تجارب التنمية الاقتصادية اعتمادا على تراكم الموارد المالية المحصلة من تصدير تلك المواد الطبيعية ،لم تؤدي إلى تحقيق الطفرة التنموية المرجوة و مرد ذلك هو :

أ- عدم مردودية الاستثمارات المحققة و غلاء تكاليفها.

ب- غياب التسيير العقلاني العلمي لتلك الموارد مما شجع مظاهر غير اقتصادية أصبحت تنعت بها هذه الدول من مثل التبذير، الرشوة و اختلاس المال العام.

أ- ارتفاع معدلات النمو السكاني و بالتالي ارتفاع مطرد لحاجياتها الاقتصادية و الاجتماعية.

د- غياب الاستقرار السياسي و هشاشة الوجهة الاقتصادية المختارة و تغيرها المستمر.

أمام هذه الأوضاع المعقدة كان على البلاد النامية البحث عن بدائل أخرى من شأنها تقديم خيارات تنموية جديدة و قد ساعد على تسريع و توسيع دائرة هذا التوجه ما يلي :

أ- انحصار و أفول دور المعسكر الشرقي.

ب- انخفاض أسعار الموارد الطبيعية في الأسواق الدولية.

ب- تعقد الأوضاع الاقتصادية و الاجتماعية للبلاد النامية مهددة بقيام انتفاضات شعبية.

ت- ثقل معدل المديونية و انكماش هامش المناورة في مواجهة المؤسسات المالية الدولية.

شكلت هذه العوامل مجتمعة و بنسب متفاوتة، الدافع الأول للبحث عن مصادر لتمويل العملية الاقتصادية، كان لرؤوس الأموال الأجنبية حصة الأسد فيها.

فما هو إذن المدلول الفقهي للاستثمار الأجنبي و ماهي أبعاد التطور الذي شهده نظام الاستثمار الأجنبي في الجزائر منذ الاستقلال، من خلال بلورته لتعريف خاص بالاستثمار الأجنبي ثم ماهي الإضافات و الخصوصيات التي يمكن الوقوف عندها بدراستنا لبعض النظم العربية الخاصة بالاستثمار و أخيرا ما الذي قدمه القانون الدولي الاتفاقي في مجال تعريف الاستثمار الأجنبي.

المبحث الأول: التشريعات الوطنية المضيفة للاستثمار

قبل تناول معالم التشريعات الوطنية المضيفة للاستثمار فانه يقع علينا مهمة تعريف الاستثمار لغة و اصطلاحا.

الاستثمار لغة : مشتق من الثمر، أي الحمل الذي يخرجه الشجر ، و الثمر بمعنى المال و من ذلك قوله تعالى **: " و كان له ثمر فقال لصاحبه و هو يحاوره أنا أكثر منك مالا و أعز نفرا".**[10]

[9]- قادري عبد العزيز – المرجع السابق ص 12.

[10]- سورة الكهف، الآية 34.

و يقال لكل نفع يصدر عن شيء ، ثمرة كقولك ثمرة العلم العمل الصالح و ثمرة العمل الصالح الجنة و من ثمة يقال لما لا نفع فيه ليس له "ثمر" ، و استثمار مصدر الفعل استثمر ، و استثمر المال ، نماه و على ضوء ذلك عرف مجمع اللغة العربية الاستثمار بأنه" **استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الآلات و المواد الأولية ، و إما بطريق غير مباشر كشراء الأسهم و السندات** "[11].

أما اصطلاحا فإن كلمة استثمار و على الرغم من شيوع تداولها ، فإنه لم يعن على تحديد مفهومها أو يؤدي إلى تقديم تعريف اصطلاحي واحد أو على الأقل متقارب ، حيث تعددت التعاريف الفقهية لمدلول الاستثمار الأجنبي.

فقد عرف بعض الفقه الاستثمار الأجنبي " **بأنه انتقال أحد عوامل الإنتاج ، عبر الحدود الدولية ،للمساهمة في الاستغلال الاقتصادي ، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة و بقصد تحقيق ربح نقدي متميز**".[12]

نلاحظ أن هذا التعريف يأخذ بالمفهوم الضيق للمال المستثمر، حيث يقصره على أحد عوامل الإنتاج التي تنتقل عبر الحدود الدولية ، و عليه فإنه يخرج من هذا التعريف الأرباح الناتجة عن المشروع و التي يعاد استثمارها في نفس المشروع أو في مشروع آخر، مع أنه من المسلم به قانونا أن إعادة توظيف أو استخدام هذه الأرباح يعد استثمارا.

كما أن هذا التعريف، لا يتسع ليشمل الأموال التي يقدمها المستثمر الأجنبي دون أن تكون محولة من الخارج ، و لذلك فإنه يتعارض مع بعض القوانين التي لا تشترط في الأموال المستثمرة كونها محولة من الخارج، كالقانون الجزائري لسنة 1993 و القانون المصري رقم 8 لسنة 1997 بشأن ضمانات و حوافز الاستثمار و نظام الاستثمار السعودي الصادر عام 2000[13] هذا من ناحية ، من ناحية أخرى فإن التعريف السابق يستبعد سلطة الدولة المضيفة للاستثمار سواءا من حيث حقها في الموافقة على الاستثمار ، أو في توجيهه نحو المجالات التي من شانها خدمة تنميتها المباشرة ، دلك أن إطلاق معيار "الاستغلال الاقتصادي" و لو لم يعد دلك بأي فائدة على الدولة المضيفة لا تقره تشريعات الاستثمار ، كما أن هذا التعريف من ناحية ثالثة لم يضع أي اعتبار لصفة القائم بالاستثمار ، مما يعني دخول الوطني الذي يحول أمواله من الخارج إلى الوطن الأم ضمن دائرة هذا التعريف .

و عرفه البعض بأنه **انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة، بغية تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي ، و بما يكفل زيادة الإنتاج و التنمية في الدولة المضيفة**[15].

---

[11]- المعجم الوجيز ، منشورات مجمع اللغة العربية – جمهورية مصر العربية – الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية طبعة 1995 باب الثاء ص 87.

[12]- عبد العزيز سعد يحيى النعماني المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن و مصر دراسة قانونية مقارنة ،، الطبعة الأولى 2002 دار النهضة العربية ص 18 – 19.

[13]- عادل أمين قانون ضمانات و حوافز الاستثمار – القانون رقم 08 لسنة 1997 و لائحته التنفيذية مطبعة الانتصار لطباعة الأوفست 1997

[15]- عبد العزيز سعد يحيى النعماني المرجع السابق ص 20

هذا التعريف يضع اعتبارا لحق الدولة في توجيه الاستثمار بحيث لا تخرج عمليات الاستثمار عن أهداف و خطط التنمية في الدولة المضيفة، و هو و إن كان من التعريفات الأصيلة للاستثمار إلا أنه يضيق في حق المستثمر في إعادة استثمار ما يحققه من أرباح حيث يشترط قدوم المال من الخارج كما لا يعتد بالأموال التي يوظفها المستثمر ابتداءا و التي لا تكون بالضرورة محولة من دولة أجنبية.

كما عرفه بعض الفقه بأنه **"رأسمال نقدي أو عيني مادي أو معنوي -كالمعرفة الفنية و التكنولوجيا-و التصاميم الصناعية - ، وافد من الخارج مملوك لأفراد أو مؤسسات عربية أو أجنبية للمساهمة في النشاط التجاري و الاقتصادي في بلد ما ، بقصد الحصول على عوائد مجزية ، إذا ثبت لصاحبه الحق في إعادة تصديره مع عوائده إلى الخارج"**[14]. و يعاب على هذا التعريف ، إخراجه من زمرة المال المستثمر الأرباح المعاد استثمارها ، كما يلاحظ على التعريف إسهابه في تعداد أنواع المال المستثمر على خلاف التعريفات السابقة ، كما يلاحظ عليه أنه أدخل ضمن الاستثمار مالا يعد كذلك حيث أن ممارسة النشاط التجاري- على استقلال – لا تعده التشريعات استثمارا.

مما سبق نلاحظ إتفاق التعاريف الثلاثة على ما بينها من الفوارق على فكرة أن الاستثمار الأجنبي مرتبط بإنتقال رؤوس الأموال عبر الحدود ، والحقيقة أنه لا يمكن أن تعتبر مجرد انتقال رؤوس الأموال من دولة إلى أخرى استثمارا. فقد يكون هذا الانتقال في صورة تبرعات أو إعانات أو تعويضات أو تحويلات دون أن يعد ذلك استثمارا أجنبيا بالمعنى القانوني، وإدراكا لهذا المفهوم وجدت مقاربات أخرى للفقه لا تعتبر انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود العامل الأوحد المحدد لفكرة الاستثمار الأجنبي ومنها

- **إن الاستثمار الأجنبي هو تقديم أموال مادية ، معنوية أو في شكل أداءات فنية تقنية من شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية المستقبلة للمساهمة المباشرة أو غير المباشرة في مشروع قائم أو سيتم إنشائه للقيام بنشاط اقتصادي ما خلال مدة معقولة من الزمن .**
- **أو أنه استخدام أصول مالية مهما كانت طبيعتها أو نوعها، من شخص طبيعي أو اعتباري في نشاط اقتصادي خارج حدود دولته، وسواءا خوله هذا الاستغلال السلطة الفعلية في توجيه النشاط الاقتصادي أم لا بهدف تحقيق عائد مجزي**[15].

يلاحظ أن التعريفين السابقين أخذا بالمدلول الواسع للاستثمار، على اعتبار أنهما لم يقصرا المال المستثمر على المال المحول من الخارج، كما أنهما قدما مدلولا مطلقا لموضوع الاستثمار لتشمل أي نشاط اقتصادي دون مراعاة لما يتفق مع تشريعات الدولة المضيفة من عدمه، ويكون بالتالي قد أهملا حق الدولة في سلطة التوجيه والرقابة لتلك الاستثمارات ، وفق مقتضيات نصوصها القانونية وتوجهاتها الاقتصادية.

---

[14]- د/ دريد محمود علي السامراني نقلا عن عبد العزيز سعد علي المرجع السابق ص 19.

[15]- د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن " المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، طبعة 1990 ص 40 و ما بعدها.

مما تقدم فإن الباحث يدرك صعوبة التوصل إلى **تعريف جامع لفكرة الاستثمار الأجنبي نظرا لتشعب وتشابك وتعدد أهدافه، ذلك لأنه ليس بالواقعة القانونية المحددة والثابتة ، بل إنه مفهوما متغيرا ومتطورا، باختلاف المعطيات الاقتصادية والسياسية ، ليس على المستوى الوطني أو الإقليمي فحسب ولكن على المستوى الدولي أيضا.**

بعد هذه المقدمة المركزة على المدلول العام لفكرة الاستثمار الأجنبي، سنتناول المدلول التشريعي لفكرة الاستثمار الأجنبي ، عبر النصوص القانونية المنظمة له، مبتدئين بالتجربة الجزائرية وتطورها و دلك من خلال مطلبين اثنين نخصص الأول لتطور نظام الاستثمار في الجزائر ونتناول من خلال المطلب الثاني موقف التشريع العربي المقارن.

المطلب الأول: تطور نظام الاستثمارات في الجزائر[16].

تمكننا دراسة النصوص التشريعية المنظمة لتواجد الاستثماري الأجنبي بالجزائر، من الوقوف على جملة من الآليات القانونية المختارة من قبل المشرع ،في مجال تنظيمه للاستثمار الأجنبي ، بالنظر إلى التوجه و الخيارات السياسية العامة المكرسة على الصعيدين الاقتصادي و التنموي.

أولا إرساء دعائم الاستثمار - القانون رقم 63-277 المؤرخ في 26 جويلية 1963 المتضمن قانون الاستثمارات:

تناولت المادة الأولى من القانون رقم 63/277 بالبيان الهدف من إقرار قانون الاستثمارات، والذي لخصته في تحديد الضمانات العامة والخاصة المقدمة للاستثمارات المنتجة بالجزائر، إضافة إلى الحقوق والواجبات والحوافز والامتيازات المرتبطة بها ، إلى جانب النظام العام لتدخل الدولة في ميدان الاستثمار.

تضيف المادة 2 من القانون رقم 63/277 أن الضمانات والحوافز المنصوص عليها ، يتم تطبيقها على الاستثمارات ذات رؤوس الأموال الأجنبية، مهما كان مصدرها.

المادة الثامنة من القانون رقم 63/277 تقر مبدأ **الاعتماد لدى السلطات العمومية للاستثمارات** الموجهة لإنشاء أو لتوسعة المؤسسات الموجودة، وتقوم في هذا الشأن بتقديم مخطط مالي مواتي ومقنع ، مع استعمال وسائل ومعدات عصرية أو ملائمة ، ويكون هذا النشاط الاستثماري بالنظر إلى موقعه أو قطاع النشاط الممارس ، من شأنه المساهمة في التنمية الاقتصادية للبلاد بحسب مخطط التنمية المعد من قبل السلطات العمومية.

---

[16]- لقد ترددنا بعض الشيء في وضع واختيار هذا العنوان بين تطور نظام الاستثمارات كما ذهب إلى ذلك الأستاذ عليوس المرجع السابق ص6 وعنوان تطور فكرة الاستثمار في الجزائر . ثم استقر بنا الأمر عند تطور نظام الإسثمارات في الجزائر وذلك لسببين . الأول كون فكرة الاستثمار في الجزائر مرتبطة من خلال تطورها بتصور معين لنظام اقتصادي للتنمية والثانية كون التشريعات الجزائرية عبر تطورها كانت تتناول في كل مرة أشكالا متعددة للاستثمارات سواءا كانت خاصة ، عامة ، وطنية أو أجنبية.

نص القانون رقم 63/277 على نظام **"التقرير الإتفاقي أو التعاقدي للاستثمارات"**، ويشمل المؤسسات الجديدة أو توسيع المؤسسات القديمة التي يشتمل برنامج استثماراتها على ما قيمته 5 ملايين دينار في مدة 3 سنوات ، على أن ينجز هذا الاستثمار في قطاع يتسم بالأولوية أو في منطقة تعطى لها الأولوية – المادة 18 – ، أو أن ينشا الاستثمار أكثر من 100 منصب عمل دائم للجزائريين ، تكون هذه الاستثمارات في وضعية تعاقدية ، ويمكن للاتفاقية النص على الامتيازات الواردة في الاعتماد – المواد 8- 9 - 10 – زيادة على إمكانية تجميد النظام الجبائي لمدة 15 سنة، تخفيض نسبة الفائدة الخاصة بقروض التجهيز متوسطة وطويلة المدى ، التخفيض الجزئي أو الكلي من الضرائب على المواد الأولية المستوردة – المادة 19–. اشتمل القانون كذلك على جملة من المبادئ العامة الخاصة بحماية وضمان الاستثمارات الأجنبية.

أ- حرية الاستثمار للأشخاص الطبيعية والاعتبارية الأجنبية – المادة 3 -.

ب- حرية التنقل والإقامة بالنسبة لمستخدمي ومسيري هذه المؤسسات.

ت- المساواة أمام القانون ولا سيما أمام الضريبة – المادة 5 -.

ث- تكريس مبدأ نزع الملكية إلا بعد أن تصبح الأرباح المتراكمة في مستوى رؤوس الأموال المستوردة، والمستثمرة ، مع تقرير مبدأ التعويض العادل في كل الأحوال – المادة 6 - .

ج- تقرير حماية ضد المنافسة الخارجية ، بالنسبة للمنتجات المترتبة عن الاستثمارات المعتمدة ، ويكون ذلك بوضع سياسة جمركية مواتية.

ح- تمكين المستثمر الأجنبي من طلب والحصول على التمويل الكافي ، لتحقيق مشاريعه في شكل قروض تمنحها المؤسسات المالية الوطنية.

خ- تكون للمستثمر الأجنبي إمكانية المساهمة والمشاركة في تلبية احتياجات الدولة والهيئات التابعة لها، في إطار الصفقات العمومية.

خصص من جهة أخرى القانون رقم 63/277 بابا خامسا، تناول موضوع تحويل رؤوس الأموال المستثمرة نحو الخارج إضافة إلى إمكانية تحويل مايعادل 50 بالمئة من الأرباح الصافية سنويا.

الملاحظ من جهة أخرى ، أن هذا القانون أقر في مادته 32 مبادئ صندوق النقد الدولي المنظمة لتحويل رؤوس الأموال المستثمرة.

يكون من جهة أخرى بحسب المادة 33 للمؤسسات التي تعيد استثمار ما حققته من أرباح نتيجة استثمارات أولية، ويكون ذلك في شكل شراء معدات جديدة تجهيزات أو عقارات، يكون لها إمكانية الاستفادة من الإعفاء عن الضريبة المطبقة على الأرباح الصناعية أو التجارية في حدود المبالغ المالية المعاد استثمارها.

تناول القانون رقم 63/277 مبدأ التحكيم بشأن ما قد يصدر من نزاعات تشمل المؤسسات المتعاقدة – الباب الثالث المواد 18- 22- و لم يمكن المؤسسات المعتمدة - الباب الثاني المواد 8- 17 –

من إمكانية اللجوء إلى التحكيم ، مما يؤدي بنا إلى القول أن القضاء الجزائري هو المختص بالنظر في النزاعات التي قد تترتب عن تنفيذ الأحكام الخاصة بالمؤسسة المعتمدة.

تناول الباب الرابع مجال تدخل الاستثمار العمومي والذي يكون بحسب المادة 23 في شكل خلق شركات وطنية أو شركات الاقتصاد المختلط sociétés d'économie mixte بمساهمة من رؤوس الأموال الأجنبية أو الوطنية 17 بغرض جمع الشروط الضرورية والمواتية لتحقيق الاقتصاد الإشتراكي في المجالات التي تمثل أهمية كبيرة للاقتصاد الوطني.

تناولت المواد 24-26-27 كيفية سير وتنظيم ومتابعة شركات الاقتصاد المختلط ، مع الإبقاء في كل مرة على حق الدولة في الحصول – عن طريق الشراء- على الحصص أو الأسهم التي تكون مملوكة للمستثمر الأجنبي أو الوطني.

بعد تقديم أهم مقتضيات الأحكام التي جاء بها القانون رقم 63-277 ، لنا أن نقدم مجموعة من الملاحظات التي من شأنها تلخيص الإطار العام لصدور هدا القانون وما يتميز به من خصائص.

1- لقد صدر هذا القانون بعد مرور سنة تقريبا يوما بيوم من الاستقلال ، **وكأن المشرع كان في عجلة من أمره قصد الإسراع إلى تقديم إجابات واضحة قدر الإمكان ، تعالج مشكلات عديدة ترتبت مباشرة بعد الاستقلال بشأن التواجد الاستثماري الأجنبي المخلف عن الاستعمار** من جهة ، ومن جهة أخرى تحديد أو محاولة تحديد التوجهات التنموية للخطاب الاقتصادي الوطني.

2- لقد حاول هذا القانون الجمع تحت طيات تقنين واحد ، من جهة الضمانات والحوافز والحقوق الموفرة للمستثمر الأجنبي ومن جهة أخرى الإطار العام لتدخل الدولة والهيئات الممثلة لها في ميدان الاستثمار.

3- غياب أي تأطير أو بيان لتوجيه إستراتيجي يخص دور الرأسمال الوطني في التنمية.

4- يلاحظ نوع من التناقض بين توجه ليبرالي انفتاحي ، لتكريس تواجد الرأسمال الأجنبي ، والمنحى العامل على تطوير الاقتصاد الاشتراكي ؟

5- لم يعرف هذا القانون نظرا لتشكيك المستثمرين في مصداقية أحكامه ، تطبيقا حقيقيا حيث اعتمدت مؤسستان في ضل القانون رقم 63/277 من طرف اللجنة

---

[17]- الملاحظ أنها الإشارة الوحيدة التي تناول من خلالها القانون رقم 63-277 استثمارات رؤوس الأموال الوطنية راجع في هذا الصدد
Walid LAGGOUNE Le contrôle de l'état sur l'entreprise privée industrielle en Algérie les éditions internationale 1996. Page 155. « D'abord exclu du champs d'application du code des investissements de 1963, puis subsidiairement admis par le code de 1966. Les investissements privés nationaux n'ont eu droit à une législation qui leur soit propre qu'avec l'avènement de la loi de 1982 – loi 82-11 du 21.08.1982 relative à l'investissement privé national-

الوطنية للاستثمار، كما لم تتبعه نصوص تطبيقية ، كما واكبت صدوره تأميمات عديدة مست ممتلكات القطاع الخاص الوطني والأجنبي.

ثانيا تضييق و مراقبة الاستثمار - الأمر رقم 284-1966 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 المتضمن قانون الاستثمارات

تقضي المادة الثانية من الأمر 284-1966 بأن "**المبادرة الخاصة بتحقيق مشاريع الاستثمارات في القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني**[18] ، **تعود للدولة والهيئات التابعة لها، إلا أن الدولة يمكنها أن تقرر دعوة رؤوس الأموال الخاصة لإنجاز هذه المشاريع ، فيتعين عندئذ لكل حالة كيفيات تدخل الرأسمال الخاص الوطني أو الأجنبي في تلك الاستثمارات وتحدد بمرسوم القطاعات المعتبرة حيوية في مفهوم هذا الأمر".**

وعلى الرغم من أن النص السابق قد يوحي بأن الأمر متروك لإرادة الدولة في تعيين وبحسب كل حالة إمكان استثمار رؤوس الأموال الخاصة في القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني ، فإن المادة 4 تحدد نوعا من المشروعات يقرر الأمر جواز الاستثمار الخاص فيها ، سواءا كان جزائريا أو أجنبيا وذلك بإحداث أو إنماء مؤسسات صناعية أو سياحية، من شأنها زيادة الجهاز الإنتاجي للأمة وبالتالي الاستفادة من كل أو جزء من الضمانات والحوافز المنصوص عليها في الباب الثاني من الأمر 284- 1966 (المواد 7-19-22) .

يستنتج من هاتين المادتين ، **إرادة المشرع من جهة تضييق مجالات تدخل رؤوس الأموال الخاصة في القطاعات الحيوية للاقتصاد** ،كما **أن ضمانات استمرار تواجد هذا الاستثمار وتواصل استفادته من الامتيازات المقررة جاءت بحيث يصعب تصور ديمومتها لمدة طويلة**[19].

لقد أقر هذا الأمر، مبدأ اعتماد الاستثمارات الأجنبية في المجالات غير الحيوية مع الإبقاء على إمكانية استعادة هذه الاستثمارات إذا ما استدعت المصلحة العليا للاقتصاد الوطني ذلك – المادة 8 - [20].

أبقى الأمر 1966/284 على إمكانية إنشاء شركات الاقتصاد المختلط ، التي تساهم فيها الدولة مع رؤوس الأموال الخاصة " الوطنية أو الأجنبية "، مع اشتراط المصادقة على قوانينها الأساسية بمرسوم يتضمن الأحكام التالية – المادة 3- .

أ- يبقى الخيار للدولة بشراء كل الحصص أو الأسهم التي لا تملكها أو شراء جزء منها، وكذلك الشروط التي يمكن للدولة بمقتضاها ممارسة هذا الخيار.

---

[18]- كان من المفروض صدور مرسوم محدد لهذه القطاعات غير أن الأمر لم يتم ، أنظر محفوظ بوحاسن ص46 و وليد العقون المرجعان السابقان.

[19]- محفوظ بوحاس مرجع سابق ص44.

[20]- هي إشارة صريحة إلى إمكانية التأميم مع تجنب ذكر المصطلح راجع وليد العقون مرجع سابق ص156 وما بعدها

ب- الخيار للدولة بممارسة حق الشفعة ***droit de préemption*** أو الموافقة ***affrètement*** ، في حالة البيع أو النقل أو التنازل عن الحصص أو الأسهم التي لا تكون مملوكة لها.

تقضي المواد 9-10 من الأمر أن المؤسسات الأجنبية أو التي تكون تحت رقابة أجنبية ، متمتعة بالمساواة أمام القانون [21]، كما يكون لها إمكانية تعيين موظفين أجانب اختصاصيين وذلك ضمن القدر الذي يجري تحديده في قرار الترخيص ، مع مراعاة القدر المقرر لتكوين وترقية الإطارات الوطنية.

أما عن الحوافز الضريبية فيتم منحها بالنظر للمعطيات التالية:

أ- العلاقة الموجودة بين المبالغ المستمرة ، وعدد مناصب العمل الدائمة المنشأة وبالنظر كذلك إلى التقنيات المستعملة.

ب- مدى التأثيرات الغير المباشرة المترتبة عن الاستثمار فيما يتصل بالنشاطات المرتبطة بالاستثمار وتلك المكملة له.

ت- معادلات التكوين المهني وترقية الإطارات الوطنية المترتبة عن الاستثمار.

وتتمثل هذه الحوافز فيما يلي:

1- الإعفاء التام أو الجزئي من رسم الانتقال بعوض وبحدود تعلق المشتريات العقارية على وجه الاستثناء بالنشاط المرخص به.

2- الإعفاء التام أو الجزئي أو التناقصي من الرسم العقاري لمدة 10 سنوات.

3- منح معدل مخفض من الرسم الفريد الإجمالي « taxe unique globale » على الإنتاج المترتب على أموال التجهيز أو إرجاع الرسم المتعلق بمعدات التجهيز المصنع في الجزائر.

4- إجراء استفاء رسوم الجمارك والرسم الفريد الإجمالي على الإنتاج المرتبط بأموال التجهيز الضرورية ، لتحقق المشروع وذلك على تدرج أقصى لمدة الاستهلاك الصناعي. "*Octroi de délais, échelonnés au maximum sur la durée de l'amortissement industriel pour le paiement des doits de douane et de la taxe unique globale à la production se rapportant aux biens d'équipements nécessaires à la réalisation du projet* ».

5- الإعفاء التام أو الجزئي أو التناقصي من الرسم الذي يترتب على الأرباح الصناعية والتجارية، خلال مدة لايمكن أن تتجاوز 5 سنوات ، ومبلغ سنوي من الأرباح لايمكن أن يتجاوز 20 % من الرساميل الخصوصية المستمرة في النشاط المرخص به.

ومن تم فإنه يشترط على الاستثمارات وخلال مدة الإعفاء إتمام جميع الإستهلاكات الضرورية في حدود الأرباح المحققة ، وإلا فإن الإستهلاكات المؤخرة بدون حق لايمكن تقيدها على الدورات المقبلة.

---

[21] - "Le principe d'égalité n'a en réalité ici que peu de valeur, dans la mesure ou l'existence d'une législation des investissements postule l'inégalité… » W. LAGGOUNE op cite Page 157.

يقضي الأمر 284 – 1966 بحق تحويل الجزء الموزع من الأرباح السنوية الصافية للمؤسسة ، و الحاصلة بعد تنزيل الاستهلاكات أو الاحتياطات الضرورية ، مع الأخذ بعين الاعتبار أهمية ديون المستثمر ، تشمل إمكانية التحويل كذلك العائدات الخاصة بالبراءات و المساعدات التقنية و المبالغ الضرورية لتسديد المستحقات من القروض والمصالح المالية و يكون ذلك بموجب قرار ترخيص.

ضمن مجموعة من الشروط يمكن أن يستفيد المستثمر الأجنبي من كفالة بنك عمومي أو الدولة الجزائرية، بشأن القروض الاستثمارية التي يتحصل عليها من الخارج، كما يمكنه الاستفادة من تخفيضات في نسب الفائدة على القروض المتوسطة و الطويلة المدى.

تناولت المادة 8 بشيء من التفصيل التعويض المقرر للاستثمارات المستفيدة من هذا الأمر، و التي يتم **استرجاعها لفائدة الدولة الجزائرية** ، تنفيذا لمتطلبات المصلحة العمومية.

حيث انه لا يمكن إقرار **تدابير الاسترجاع**[22] إلا بموجب نص ذي صبغة تشريعية ، **و قد** تشمل تلك التدابير **دفع التعويض المساوي للقيمة الصافية المحددة بمواجهة الخبراء و العناصر الوطنية** ، و يتم ذلك في مدة أقصاها تسعة أشهر، و يكون هذا التعويض قابلا للتحويل إلى الخارج ، إذا كان المستفيد أي المستثمر أجنبيا أو إذا كان الاستثمار محققا بواسطة مبالغ مالية مستوردة من الخارج[23] .

قدم الأمر 284 – 66 ضمانات أخرى تخص الاستثمارات التي تكون في شكل اتفاقي بين الدولة الجزائرية و المستثمر الأجنبي – المادة 19.

تبدو إرادة المشرع من خلال الأمر 284 – 66 متجهة – **مرة أخرى** – إلى محاولة التوفيق بين اعتبارات متعارضة من حيث طبيعتها ، و المتمثلة في السعي إلى جلب رؤوس أموال أجنبية خاصة من جهة ، و الحرص إلى حد كبير على إبقاء مجال واسع لتدخل الدولة عبر **سلطة المراقبة .** إن هذه الخلاصة يمكننا تبينها من خلال ما يلي:

1- لقد نصت المادة 1 من الأمر على **"يوضح هذا الأمر النطاق الذي ينظم بمقتضاه تدخل الرأسمال الخاص في التنمية الاقتصادية الوطنية، و هو يشكل مع النصوص المقررة لتطبيقه قانون الاستثمارات"** إن غياب النصوص المقررة لتطبيقه خاصة فيما يتصل بتحديد القطاعات الحيوية يؤدي بنا إلى اعتبار الأمر 284 – 66 قانونا **منظما لمجالات تدخل الرأسمال الخاص في التنمية** و لا يمكننا بأي حال وصفه بقانون الاستثمارات.

2- لقد جاء الأمر بإطار **عام لمراقبة و تتبع** تواجد رؤوس الأموال الخاصة في الميدان الاقتصادي و لم يأتي بإطار قانوني **مشجع و تحفيزي** لتدفق رؤوس الأموال الأجنبية بصفة خاصة.

[22]- نلاحظ تعمد المشرع عدم النص على التأميم مفضلا عبارة استرجاع Repriseو هذا ربما للحساسية التي قد تنتج جراء النص الصريح عن إرادة المشرع في تأميم الاستثمارات الأجنبية.

[23]- تسمح المادة 8 من اعتبار أن الاستثمار الأجنبي بحسب الأمر 284 – 44 هو ذلك الاستثمار الذي يقوم به أجنبي مقيم أو غير مقيم بالجزائر أو من خلال أموال محولة من الخارج و يكون بذلك قد جمع بين مبدأ الجنسية و مصدر الأموال المستثمرة في تحديد طبيعة المستثمر الأجنبي.

3- لقد زاد من محدودية تطبيق هذا الأمر ما شهدته الجزائر خلال مرحلة السبعينيات ، من ارتياح مالي يغنيها عن أي توافد لرؤوس الأموال الأجنبية ، و هو الشيء الذي يفسر ربما عدم صدور المراسيم التطبيقية الخاصة به.

4- لم يتم اعتماد أي مؤسسة أجنبية في إطار الأمر 284-66.

5- لم ينص الأمر على إمكانية تحويل أجور العمال ، كما أنه لم يتناول إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي لفض المنازعات المترتبة عن تطبيقه.

ثالثا تعديل نظام الاستثمار قانون 90 -10 المتعلق بالنقد و القرض المؤرخ في 14 أفريل 1990-.

لقد تم إلغاء قانون 63 – 277 المتضمن قانون الاستثمارات من خلال المادة 32 للأمر 284 – 66، كما تم إلغاء الأمر 284 – 66 بموجب المادة 41 من القانون رقم 82- 11 المؤرخ في 21 أوت 1982 الخاص بالاستثمار الخاص الوطني ، ليتبع بالقانون رقم 82 – 13 المؤرخ في 28 أوت 1982 المتعلق بإنشاء و سير شركات الاقتصاد المختلط [24]، **أي أن الجزائر و خلال الفترة الممتدة من 21 أوت 1982 و إلى غاية 14 أفريل 1990 لم تشهد أي نص قانوني منظم للاستثمارات الأجنبية المباشرة** ، و تكون بذلك قد تبنت شكل الشراكة عن طريق الشركات ذات الاقتصاد المختلط [25]، و قد تأكد هذا التوجه سنة 1986 بمناسبة تعديل القانون رقم 82 – 13 حيث حاولت الحكومة رفع نسبة رؤوس الأموال[26] الأجنبية في الشركات ذات الاقتصاد المختلط، غير أن مقترحاتها جوبهت بالرفض من قبل النواب و قد أعيدت الكرة سنة 1989 و رفضت مقترحات الحكومة مرة ثانية من قبل النواب.

مما تقدم نستنتج و أن المشرع الجزائري و باختياره تجنب إصدار قوانين منظمة لتواجد رؤوس الأموال الأجنبية ، يكون قد فضل من جهة تشجيع الرأسمال الخاص الوطني و من جهة أخرى أبقى على تواجد محتشم للاستثمار الأجنبي في شكل الشراكة الاقتصادية[27].

و لكن السؤال الذي يطرح هو كيف يمكن تفسير هذا التوجه المتخوف و الانتقائي تجاه رؤوس الأموال الأجنبية ، خاصة إذا علمنا أن الجزائر و خلال فترة الثمانينيات عرفت انفتاحا على الأسواق الخارجية (**شعار من أجل حياة أفضل**) . يمكننا تقديم تفسير لهذا التوجه من خلال ما يلي :

أ- توفر الجزائر – على الأقل إلى غاية 1986 – على عوائد مالية بالعملة الصعبة مكنتها من الإبقاء على سير الشركات الوطنية و تلبية حاجيات السوق الداخلية عبر الاستيراد.

ب- غياب تصور استراتيجي محدد للخيارات الاقتصادية و التنموية للبلاد.

24- الجريدة الرسمية رقم 34 صفحة 1166 و الجريدة الرسمية رقم 35 صفحة 1189.

25- عليوش قربوع كمال قانون الإستثمارات في الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية 1999 ص 10.

26- قانون رقم 86 – 13 مؤرخ في 19 أوت 1986 يعدل و يتم القانون 82 – 13 متعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها ، الجريدة الرسمية العدد 35 الموافق لـ 27 أوت 1986.

27- و ليد العقون الذي قدم دراسة نقدية مفصلة للقانون رقم 82 – 13 و القانون 86 – 13 ص 166 و ما بعدها.

ج- انحصار على المستوى الدولي للعامل التوغلي و الانتشاري للشركات المتعددة الجنسيات و بروز انتقادات حادة لدورها في دفع التنمية في البلاد النامية.

في سنة 1988 تبنت الجزائر الإصلاحات الاقتصادية التي أدت إلى ظهور المؤسسات العمومية الاقتصادية استخلافا للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي ، و كان ذلك بصدور قوانين ما اصطلح على تسميتها بقوانين 12 يناير 1988 و هي :

- قانون رقم 88 – 01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.
- قانون رقم 88 – 03 المنظم لصناديق المساهمة.
- قانون رقم 88 – 04 المعدل والمتمم للأمر رقم 75 – 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري و الذي حدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية.

لقد شكلت بحق القوانين السالفة الذكر **ثورة نصية** لمدلول المؤسسة الإنتاجية العمومية و تم ذلك من خلال:

أ- تقرير استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية عن أية وصاية أو رقابة وزارية.

ب- خروج المؤسسة العمومية الاقتصادية عن دائرة القانون العام إلا فيما نص عليه القانون صراحة.

ج- خضوع المؤسسة العمومية الاقتصادية لمقتضيات القانون التجاري لتصبح بذلك والى حد بعيد شخصا من أشخاص القانون الخاص.

أمام هذا التحول كان لزاما صدور تصور آخر لدور رؤوس الأموال الأجنبية في الاقتصاد ، غير أن الأمر تطلب انتظار 4 سنوات أخرى لصدور قانون 93 – 12 ، و في انتظار ذلك ، اقتصر نظام الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على مادة وحيدة هي المادة 183 من قانون النقد و القرض 90 – 10 و التي تنص على **- يرخص لغير المقيمين بتحويل رؤوس الأموال** –عوض بتحول كما جاء في النص باللغة العربية – *(Les non résidents sont autorisés à transférer des capitaux en Algérie)* إلى **الجزائر لتمويل أية نشاطات اقتصادية غير مخصصة للدولة أو المؤسسات المتفرعة عنها أو لأي شخص معنوي مشار إليه صراحة بموجب نص قانوني ، يحدد مجلس النقد و القرض بموجب نظام يصدره كيفية إجراء هذه التمويلات مع مراعاة حاجات الاقتصاد الوطني في مجال:**

- **إحداث و ترقية الشغل.**
- **تحسين مستوى الإطارات و المستخدمين الجزائريين.**
- **شراء وسائل تقنية و عملية و الاستغلال الأمثل محليا لبراءات الاختراع و العلامات التجارية و العلامات المحمية في الجزائر طبقا للاتفاقيات الدولية.**
- **توازن سوق الصرف.**

الملاحظة الأولى كون هذه المادة وسعت و للمرة الأولى من مجال الرأسمال الأجنبي ليشمل كل النشاطات الاقتصادية إلا ما كان منها مخصصا لدولة أو المؤسسات المتفرعة عنها، و نكون بذلك – بحق – أمام أولى "الضربات" الموجهة إلى مبدأ الحمائية protectionnisme و تدخل الدولة المباشر في الاقتصاد و سيره.

الملاحظة الثانية هي أن القانون 90 – 10 و في مجال التمييز بين المستثمر المقيم و المستثمر غير المقيم ، نراه اعتمد مبدأ جنسية رؤوس الأموال حيث نصت المادة 181 **"يعتبر غير مقيم كل شخص طبيعي أو معنوي يكون المركز الرئيس لنشاطه الاقتصادي خارج القطر الجزائري"** ، و نصت المادة 02 من نظام مجلس النقد و القرض - نظام رقم 90-03 مؤرخ في 08سبتمبر 1990 يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية و إعادة تحويلها إلى الخارج – الجريدة الرسمية العدد 45 ص 1439.- أن غير المقيم في مفهوم المادة 181 **"كل شخص طبيعي أو معنوي جزائري كان أم أجنبي يكون المركز الرئيس لمصالحه الاقتصادية خارج الجزائر مند سنتين على الأقل و في بلد له علاقات دبلوماسية مع الجزائر و يجب على غير المقيمين الأجانب أن يتمتعوا بجنسية دولة تعترف بها الجزائر و تقيم معها علاقات دبلوماسية"** ، على هذا الأساس يأخذ هذا القانون بجنسية رأس المال لا بجنسية الأشخاص ، و قد كرس هذا القانون عددا من المبادئ في مواجهة الاستثمار الأجنبي :

- مبدأ حرية الاستثمار- بعدما كان المشرع يأخذ بمبدأ الترخيص و الاعتماد أصبح يقر بحرية الاستثمار كمبدأ أي ما كان استثناءا أصبح هو المبدأ و ما كان مبدأ مكرسا لسيادة الدولة المطلق على النشاط الاقتصادي أصبح هو الاستثناء -.

- حرية تحويل رؤوس الأموال بعد تأشير بنك الجزائر خلال 60 يوما من تقديم الطلب.

- النص على الضمانات الدولية الواردة في الاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها الجزائر، وتجدر الإشارة إلى أنه وإلى غاية صدور قانون 90-10 لم توقع الجزائر على أية اتفاقية دولية متعلقة بالاستثمارات وضماناتها ، ذلك أن أول الاتفاقيات التي صادقت عليها الجمهورية الجزائرية تعود إلى 23 يوليو 1990 والمتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي ، – مرسوم رئاسي رقم 90-420 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990 - .

- تبسيط عملية قبول الاستثمار، بحيث تم إخضاعه إلى رأي مجلس النقد والقرض عن طريق تقديمه لرأي بالمطابقة *Avis de conformité* خلال شهرين من تقديم الطلب.

ويثور التساؤل بشأن الطبيعة القانونية للرأي بالمطابقة الذي يبديه مجلس النقد والقرض ، يذهب الأستاذ عليوش[28]إلى اعتبار" الرأي بالمطابقة " قرارا إداريا اعتمادا على نص المادة 50 من القانون 90-10 التي تنص أن الغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا هي المختصة بالنظر في دعوى الطعن الخاصة بإلغاء القرارات الصادرة عن مجلس النقد والقرض حسب ما نصت عليه المادة 45 وبرجوعنا إلى المادة 45 نجد أنها نصت على أربعة قرارات يكون لمجلس النقد والقرض إمكانية إتخادها بصفة منفردة وهي :

أ- رخصة الاعتماد أو تغيير أو سحب الاعتماد الخاصة بالمؤسسات المالية الجزائرية أو الأجنبية.

29- مرجع سابق ص 14.

ب- رخصة فتح مكاتب التمثيل للبنوك والمؤسسات المالية الأجنبية.

ت- تفويض السلطات فيما يتصل بتطبيق نظام الصرف.

ث- القرارات الصادرة تطبيقا للنظام المنصوص عليه في المادة 44 ، التي حددت صلاحيات مجلس النقد والقرض باعتباره سلطة مخول لها إتخاد بعض القرارات فيما يتصل بنشاط البنوك والمؤسسات المالية بصفة عامة.

نحن نعتبر وعلى خلاف ما دهب إليه الأستاذ عليوش أن القانون 90-10 لم يحدد أي نظام إجرائي خاص بالطعن في " الرأي بالمطابقة " المخول لمجلس النقد والقرض ، وأن مضمون المادة 50 أنما ينطبق فقط على قرارات مجلس النقد والقرض و المحددة بشكل صريح.

إن عدم توفر سوابق قضائية أو حتى إدارية في متناولنا يؤدي بنا إلى القول أن " الرأي بالمطابقة " في مجال ضمان تحويل رؤوس الموجهة إلى الاستثمار، **لا يتعدى مدلوله الرأي التقي أو الاستشارة الفنية التي يقدمها مجلس النقد والقرض، ذلك أن الأخذ بالطبيعة الإلزامية لما يصدره المجلس كما ذهب الأستاذ عليوش يجعلنا نأخذ بالتفسير الموسع لمضمون القانون 90-10.**

وخلاصة القول بحسبنا أن المشرع أبقى على الدور الاستشاري غير الملزم لرأي مجلس النقد والقروض بخصوص " الرأي بالمطابقة "، و ذلك كإجراء وقتي ظرفي في انتظار تخصيص تشريع مستقل للاستثمارات الأجنبية وهو الشيء الذي تم بالإصدار المرسوم التشريعي رقم 93-12.

رابعا : ترقية الاستثمار - المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار-

يبدو من الناحية الرمزية على الأقل إرادة المشرع فرض تصور **تجديدي وتوحيدي** لنظام الاستثمار وذلك من خلال ما تناولته المادة 49 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 التي ألغت جميع الأحكام السابقة المخالفة له لاسيما منها:

1- القانون رقم 82-13 والمتعلق بتأسيس الشركات المختلطة ا وسيرها المعدل والمتمم كما سبق وأن أوضحنا بالقانون رقم 86-13 ويمثل هذا الإلغاء تراجع المشرع الجزائري عن التصور الذي طرح من خلاله موقفه من الشراكة الاقتصادية **معتبرا ايها المورد الوحيد المقبول لتواجد رؤوس الأموال الأجنبية خلال الثمانينات - وان كان قد بدا تبلور هدا التراجع من خلال نص المادة 183 من القانون 90-10 كما سبق وان بينا- .**

2- القانون رقم 88-25-المؤرخ في 12 يوليو 1988 والمتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية ، وبذلك يكون قد كرس **مبدأ وحدة نظام الاستثمار سواءا تعلق الأمر برؤوس الأموال الخاصة الوطنية أو الأجنبية.**

3- الفقرة الثانية من المادة 183 والفقرة الثانية من المادة 184 من القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض وذلك قصد إلغاء كل دور كان مناط بمجلس النقد والقرض فيما يتصل بتحويل رؤوس الأموال الأجنبية قصد استثمارها **وكان أحرى بالمشروع إلغاء كل المواد الواردة في قانون النقد والقرض والمتعلقة بأحكام تخص الاستثمار بصفة عامة.**

لقد استثنى المرسوم التشريعي من مجال تدخله القوانين المنظمة للنشاط البترولي[29]، ويعتبر بعض الفقه في الجزائر[30] أنه كان على المشرع أن يستثني كذلك القوانين المتعلقة بالنشاطات المنجمية.

ومن المهم الإشارة كذلك إلى أن المرسوم التشريعي 93-12 جاء معاصرا لاصدار قانون معدل ومتمم للقانون التجاري[31] وكذلك المرسوم التشريعي رقم93-09 ل 27 أفريل 1993 المتعلق بالتحكيم الدولي التجاري إضافة إلى المصادقة على الاتفاقية المغاربية لتشجيع الاستثمار الموقعة في الجزائر يوم 23 يوليو 1990.

لقد حدد المرسوم التشريع 93 – 12 مدلول الاستثمار من خلال ثلاث نقاط.

أولا - **من حيث الموضوع** : نصت المادة الأولى من المرسوم **"يحدد هذا المرسوم التشريعي النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية الخاصة و على الاستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية الخاصة و على الاستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية الخاصة بإنتاج السلع أو الخدمات غير المخصصة صراحة للدولة أو لفروعها ، أو أي شخص معنوي معين صراحة بموجب نص تشريعي".**

و تضيف المادة 2 **"تستفيد من أحكام هذا المرسوم التشريعي الاستثمارات المنشئة و المنمية للقدرات و المعيدة للتأهيل أو الهيكلة التي تنجز في شكل حصص من رأسمال أو حصص عينية يقدمها أي شخص طبيعي أو معنوي"** يستنتج من هاتين المادتين أن مضمون الاستثمارات الخاضعة لهذا المرسوم التشريعي هي تلك الاستثمارات التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية ، بواسطة توفير رؤوس الأموال أو المساهمات العينية المنتجة للسلع أو الخدمات ، سواء بالإنشاء أو عن طريق تطوير و تنمية القدرات الموجودة سلفا أو عن طريق إعادة تأهيلها أو هيكلتها[32]، غير أن المشرع لا يترك الأمور على **إطلاقيتها** حتى فيما يخص الأنشطة الاقتصادية

---

[29]- القانون رقم 88-25 المؤرخ في 19 أوت 1986 المنظم لمجالات النشاط البترولي

[30]- الأستاذ عليوش – ص15 مرجع سابق.

[31]- مرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 25 أفريل 1993.

[32]- إذا كان التأهيل يمس توفير المعدات و الآليات التقنية الحديثة فإن إعادة الهيكلة تشمل وضع نظم تسييرية و تنظيمية إداراتية حديثة.

المتعلقة بإنتاج السلع أو الخدمات ، **ذلك أن الاستثمارات الخاصة الوطنية أو الأجنبية لا يكون لها أن تستثمر أموالها أو مواردها العينية سواء بالإنشاء التطوير التأهيل أو إعادة الهيكلة ، إذا ما كان جزء من تلك الأنشطة الاقتصادية الخاصة بإنتاج السلع أو الخدمات مخصصا صراحة بنص تشريعي [33]، للدولة أو لأحد فروعها.**

إذن المبدأ هو تقرير حرية الاستثمار في كل الأنشطة الاقتصادية المنتجة لسلع أو الخدمات - **تجنب كل أشكال المضاربة التجارية و تفضيل الاستثمار المنتج لما له من أثر على تحقيق القيمة المضافة في الدخل الوطني الصافي-** [34] الغير المخصصة صراحة للدولة أو لفرعها.

يبدو أن فكرة إقرار استثناءات على مجالات الاستثمار من الأفكار الملازمة للمشرع الجزائري دلك أن المادة 2 فقرة 1 من الأمر رقم 66- 284، نصت على القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني التي تعود للدولة و الهيئات التابعة لها و كذلك ما نصت عليه المادة 183 من القانون 90 – 10 ، بشأن تمويل النشاطات الاقتصادية غير المخصصة للدولة و المؤسسات المتفرعة عنها ، يطرح الإشكال المتعلق بمعرفة و تحديد الأنشطة الاقتصادية المخصصة لدولة و لفروعها ، خاصة أن المشرع لم يمكننا من نص قانوني صريح محدد لتلك الأنشطة الاقتصادية و لم يشر حتى إلى إمكانية صدور ذلك النص .

ذهب الأستاذ بخشي [35] إلى أنه و بالرجوع إلى مواد الدستور يمكننا الوقوف على تحديد مدلول الملكية العمومية و سريانها على بعض الأموال و الموارد ، و هو ما يقصده المشرع بالأنشطة الاقتصادية المخصصة للدولة و فروعها ، و يرى كذلك بأن تحديد تلك الأنشطة يعود إلى وكالة ترقية الاستثمارات و دعمها و متابعتها A.P.S.I.

إن نصوص الدستور بشأن الملكية العامة و سيادة المجموعة الوطنية على الموارد الطبيعية لا تساعدنا إطلاقا في تحديد مفهوم الأنشطة الاقتصادية المخصصة لدولة و لفروعها ، ثم إن طبيعة النص الدستوري العام و الإطلاقي لا يتصور قيامه بتحديد طبيعة و أنواع الأنشطة الاقتصادية المخصصة لدولة.

ثم إن القول أن وكالة ترقية الاستثمار – المنشأة بنص المادة 07 – من شأنها تقديم إجابة حول الموضوع نشكك في جدواه و دلك لاعتبارات التالية :

1- اعتمادا على ما تناوله المرسوم التنفيذي رقم 94 – 319 المتضمن صلاحيات و تنظيم سير وكالة ترقية الاستثمار – على اعتبار أنه لم يدرج ضمن صلاحياتها تحديد

---

[33]- أي قانون أو مرسوم تشريعي.

[34] هناك من التشريعات من ربط فكرة الاستثمار بالإنتاج كما فعل المشرع اليوناني من خلال إصداره لقانون أسماه – قانون الاستثمار الإنتاجي – رقم 1892 – 1990.

35-BEKHECHI M.A : L'investissement et le Droit : réflexion sur le nouveau « code » Algérien. Décret législatif 93.12 Revue Droit et pratique du Commerce International 1994 No 01 page 05

الأنشطة الاقتصادية التي تعود للدولة أو أحد فروعها. كل ما في الأمر أن المادة 4 تحدثت على دور الوكالة في تحديد المشاريع التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني – تطبيقا لمقتضيات المادة 15 من المرسوم التشريعي 93 – 12- و التي تكون موجهة للمستثمرين قصد الاستفادة من امتيازات إضافية – زيادة على النظام العام – في إطار اتفاقية تبرم بين الوكالة -ممثلة للدولة- و المستثمر.

2- إن ما ذهب إليه الأستاذ بخشي من شأنه زرع الشك و التردد أمام المستثمر ، على اعتبار أن تقديم سلطة تفسيرية و تقديرية لكيان إداري تابع لرئاسة الحكومة من شأنه زيادة الشك في مصداقية قراراتها.

تزيد الأمور تعقيدا بقراءتنا للمادة 42 من المرسوم التشريعي "تخضع الاستثمارات المعتبرة ذات أولوية ، بعنوان التشريع المعمول به، لأحكام المادة 4 أعلاه" و تستفيد هذه الاستثمارات بحكم القانون من الامتيازات الناجمة عن التشريع المتعلق بالأنشطة ذات الأولوية، كما يمكن فضلا على ذلك أن تستفيد هذه الاستثمارات من الامتيازات المنصوص عليها في هذا المرسوم التشريعي بحسب الشروط المحددة في المواد من 3 إلى 11 أعلاه".

يعتبر الأستاذ عليوش أن نص المادة 42 المكرسة لفكرة الاستثمارات ذات الأولوية ، بعدما كانت خاضعة للمخطط الوطني للتنمية أصبحت تندرج ضمن نصوص المرسوم التشريعي الخاص بترقية الاستثمار ، معتبرا أن الاستثمارات ذات الأولوية من الاختصاص الحصري للدولة يمكن لها الاستفادة من المقتضيات التفضيلية المنصوص عليها في المرسوم التشريعي، إضافة إلى الأنشطة الاقتصادية الخاصة بإنتاج السلع و الخدمات المنصوص عليها صراحة على اعتبار كونها من اختصاص الدولة أو أحد فروعها.

يستنتج هذا المحلل في الأخير أن هذا المسعى الذي اختاره المشرع من شأنه تقييد مبدأ حرية الاستثمار،كون المادة الأولى من المرسوم التشريعي تترك مجالا لتدخل الدولة في الاستثمار و تأتي المادة 42 لإقحام الاستثمارات ذات الأولوية ضمن نفس السياق، مما يؤدي بالأستاذ عليوش إلى القول إنه لا يوجد أنشطة اقتصادية خالصة[35] للمستثمرين الخواص.

نحن نرى أن دور التشريع المنظم للاستثمار لا يتمثل في تحديد مجالات الأنشطة الاقتصادية الموجهة للمستثمرين الخواص من جهة و تلك الموجهة للقطاع العمومي من جهة أخرى ، ثم إن إبقاء الدولة للاستثمارات ذات الأولوية الاقتصادية و التنموية ضمن اختصاصاتها ، لا يتناقض مع مفهوم و مسعى "الانفتاح" على رؤوس الأموال الأجنبية ، كل ما في الأمر أن إبقاء المشرع على تدخل الدولة في الأنشطة الاقتصادية الخاصة بإنتاج السلع و الخدمات من دون تحديد مستويات التدخل، أشكاله و الميادين المعنية ،

36 - إضافة إلى ما تناولته المادة 43 التي مكنت المؤسسات العمومية الوطنية – دون ذكر مجالات نشاطها – من الاستفادة من أحكام المرسوم التشريعي.

من شأنه إثارة الكثير من التساؤلات كما أنه يترك مجالات واسعة للسلطة التقديرية للإدارة ، و هو الشيء الذي ربما تفطن له المشرع عبر تقريره للأمر رقم 01 – 03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار كما سوف يأتي بيانه.

ثانيا - من حيث الزمان:

نصت المادة 45 من المرسوم التشريعي 93 / 12 على ما يأتي:

" يمكن للاستثمارات الجاري إنجازها عند صدور هذا المرسوم التشريعي أن تستفيد من أحكامه، كما يمكن للاستثمارات التي شرع في استغلالها في غضون السنوات الخمس السابقة لصدور هذا المرسوم التشريعي أن تستفيد من أحكامه ".

لم يتردد المشرع كثيرا في تقريره هذه المادة في سبيل توسيع نطاق السريان الزمني لمقتضيات المرسوم التشريعي و بالتالي توسيع نطاق تطبيقه ، ذلك أنه و على خلاف ما أقرته الشريعة العامة المكرسة **لمبدأ عدم رجعية القوانين** أي أن القانون لا يطبق إلا على ما هو مستقبلي و تالي لصدور التشريع[36].

إن نص المادة 45 يميز بين مستويين من الرجعية:

أما المستوى الأول و التي يمكننا اصطلاح عليها "الرجعية الشاملة" للاستثمارات الجاري إنجازها عند صدور المرسوم التشريعي ، و يطرح السؤال هنا بشأن مستوى تقدم الإنجاز المعتد به لتقرير مبدأ الرجعية الشاملة بحسب المادة 45 و هو ما سوف يتضح عند تحديدنا للمستوى الثاني للرجعية .

أما المستوى الثاني: و التي يمكننا اصطلاح عليها "الرجعية المحددة" و التي خصها المشرع للاستثمارات التي شرع في استغلالها في غضون السنوات الخمس السابقة لصدور المرسوم التشريعي[37].

مما تقدم نستنتج أن المستوى الأول للرجعية إنما يبدأ من إتمام إنجاز المشروع دون البدا في استغلاله**.** أما المستوى الثاني فيبدأ من أول أيام استغلال المشروع على أن لا يتعدى هذا اليوم الخمس سنوات السابقة لصدور هذا المرسوم**.** يكون المشرع هنا قد أقر بمبدأ الرجعية المحددة من حيث الزمان على أن الاستفادة من أحكام المرسوم التشريعي تكون عامة[38].

36- المادة 2 من القانون المدني الجزائري.

37- تفتقر كلمة غضون إلى الدقة و نحن نفضل نص المادة باللغة الفرنسية لدقته.

- ....Les investissements mis en exploitation dans les cinq années avant la promulgation du présent ...

38- يمكن للمستثمرين المعنيين أن يقدموا طلبا من أجل الاستفادة من أحكام القانون الجديد والمقصود بالاستثمارات المنجزة أو الجاري إنجازها حسب ما ذهب إليه بعض الشراح تلك الاستثمارات المنجزة في إطار القانونين 82-11 و 86-13 والقانون 88-25 أو القانون 90-10. نحن نعتبر أن نص المادة 45 واضح بشأن الرجعية المحدد بخمس سنوات تبتدأ من أول يوم لبداية استغلال المشروع على أن لا تتجاوز 5 سنوات سابقة من صدور المرسوم التشريعي مما يجعلنا نستبعد المشاريع المنجزة في إطار القانونين 11-82 و86-13 . ولكن ماهي الغاية من استبعاد المشرع مبدأ عدم رجعية القوانين في مجال تنظيمه للاستثمارات **نعتقد أن هذا التوجه يفسر من جهة بالنظر لمعطيات الاستثمار في الجزائر قبل المرسوم التشريعي 93-12 من حيث غياب نص تشريعي شامل وموحد ومن جهة أخرى تمكين المستثمرين الذين " أقدموا" على الاستثمار**

تضيف المادة 47 " تستفيد الاستثمارات المنجزة والجاري إنجازها قبل سريان مفعول هذا المرسوم التشريعي من الضمانات الواردة في الباب الخامس – المواد 38-39-40-41 .

لقد أراد المشرع من خلال هذه المادة التأكيد في اتجاه المستثمرين الذين هم في طور إنجاز مشاريعهم - ما دون مرحلة الاستغلال – أو أولائك الذي هم في طور استغلال مشاريعهم أنهم معنيون ومستفيدون من الضمانات الحمائية.

ثالثا من حيث الأشخاص المخاطبين

تحدد المواد 1و43 من المرسوم التشريعي الأشخاص القانونية المخاطبة .

شمل نص المادة الأولى الاستثمارات المقامة في مجال الأنشطة الاقتصادية المنتجة لسلع أو الخدمات من قبل المستثمرين الوطنيين الخواص، المستثمرين الأجانب والدولة أو أحد فروعها أو لأي شخص معنوي معين صراحة بموجب نص تشريعي .

وتضيف المادة 43 ضمن المستفيدين من أحكام المرسوم التشريعي المؤسسات العمومية الوطنية.

إذا يخاطب المرسوم التشريعي المنظم للاستثمارات في مجال الأنشطة الخاصة بإنتاج السلع أو الخدمات* كل من:

أ- المستثمرين الخواص الوطنيين.

ب- المستثمرين الأجانب.

ت- الدولة أو أحد فروعها.

ث- شخص معنوي معين بموجب نص تشريعي.**

ج- المؤسسات العمومية الوطنية.

نلاحظ بداية أن المشرع أخذ بمبدأ " جنسية المستثمر بالنسبة للمستثمرين الأجانب أي الانتماء القطري " سواءا كان شخصا طبيعيا أو معنويا وهذا على خلاف ما أقره من خلال القانون 90-10 المنظم للنقد والقرض -كما سبق وأن رأينا – حيث اعتمد مبدأ - جنسية رأس المال المستثمر-.

ذهب بعض المحللين[39] إلى أن ما نصت عليه المادة 12 من المرسوم التشريعي أبقى على شيئا من "مبدأ جنسية رأس المال " في تحديده لمدلول المستثمر الأجنبي ذلك أن المادة 12 نصت على : " تستفيد الاستثمارات التي تنجز بتقديم حصص من رأس المال بعملة قابلة لتحويل حر مسعرة رسميا من البنك المركزي الجزائري الذي

خلال مرحلة صعبة - 195 رأي بالمطابقة منحة مجلس النقد والقرض منذ 08 سبتمبر إلى غاية أخر اجتماعه في 13 أكتوبر 1993**- من الاستفادة من أحكام المرسوم التشريعي.**

*- إن ورود "أو" يجعلنا نتساءل عن مصير الاستثمارات المنتجة للسلع والمقدمة للخدمات بعوض.؟ وهو ما تجاوزه المشرع من خلال الأمر01-03 كما سنرى.

** - نتصور أن المشرع يقصد من خلالها الشركات ذات الاقتصاد المشترك.

[39] - W.Laggoune « Question autour du nouveau code des investissements in revue de l'ENA IDARA Vol 4 No 1 1994 page 45.

يتأكد قانونا من استرادها من ضمان تحويل رأس مال المستثمر والعوائد الناجمة عنه، ويخص هذا الضمان أيضا الناتج الصافي للتنازل أو للتصفية حتى ولو كان هذا المبلغ يفوق رأس المال الأصلي المستثمر "

في واقع الأمر أن المشرع وبإقراره مبدأ تحديد " المستثمر الأجنبي " اعتمادا على الانتماء الإقليمي أي جنسية المستثمر ، يكون قد جارا ما ذهبت إليه غالبية النصوص التشريعية العربية المعاصرة لصدور المرسوم التشريعي 93 – 12 أو تلك التي جاءت بعده.

- فقانون الاستثمار الكويتي يعرف المستثمر الأجنبي بأنه الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحمل جنسية غير كويتية – قانون رقم 08 – لسنة 2001.
- كما عرفه المشرع السعودي على انه الشخص الطبيعي الذي لا يتمتع بالجنسية العربية السعودية أو الشخص الاعتباري الذي لا يتمتع جميع الشركاء فيه بالجنسية العربية السعودية – المادة 1 – 9 من نظام الاستثمار الأجنبي السعودي الصادر بتاريخ 10 أفريل 2000.
- أما قانون الاستثمار اليمني رقم 22 لسنة 1991 فقد عرف المستثمر بأنه كل شخص طبيعي أو اعتباري يمني أو عربي أو أجنبي يرغب بالاستثمار أو يمتلك مشروعا أو يساهم فيه طبقا لأحكام هذا القانون[40].
- أما أحكام القانون الليبي رقم 05 لسنة 1997 فقد اعتبر المستثمر كل شخص طبيعي أو اعتباري وطني أو أجنبي يستثمر وفقا لأحكام هذا القانون.
- أما قانون الاستثمار المصري رقم 08 لسنة 1997 فلم يتضمن تعريفا أو تحديدا للمستثمر،
- أما الأردن و من خلال قانون الاستثمار المؤقت رقم 68 لسنة 2003 فقد اعتبر المستثمر الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يستثمر في المملكة.

هذا و يثير مصطلح **المؤسسات العمومية الوطنية** بعض التساؤلات حول مدلوله القانوني، هل هو مرادف للمؤسسات العمومية الاقتصادية و لماذا خصها المشرع بالذكر في مادة مستقلة (المادة 43) و لم يتركها مشمولة بعبارة فروعها التي جاءت بعد مصطلح الدولة في المادة الأولى ؟

و لقد جاءت المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 94 – 322 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994 و المتعلق بمنح امتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الاستثمار لتزيد الأمور تعقيدا بحيث نصت على ما أسمته **بالمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي** و نصت المادة 5 من ذات المرسوم في النقطة الأولى المتعلقة بتعريف الامتياز على **المؤسسات العمومية الاقتصادية.**

لا مناص أنه هناك نوع من الخلط[41] و عدم الدقة في استعمال المفاهيم إضافة إلى نزعة غير مفسرة للتكرار لدى المشرع .لقد وردت ثلاث عبارات بين المرسوم التشريعي 93 – 12 الذي استعمل مصطلح **المؤسسات**

40- إن ذكر عربي تمييزا له عن الأجنبي لا أساس له لأنه و بحكم القانون الدولي الخاص فإن أي عربي يعد أجنبيا إذا لم يكن يحمل الجنسية اليمنية.
41- عليوش مرجع سابق ص 22.

العمومية الوطنية و المرسوم التنفيذي رقم 94 – 322 الذي استعمل مصطلحي : **المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي** و **المؤسسات العمومية الاقتصادية.** إن المصطلح القانوني المعتمد فقها و تشريعا إنما هو المؤسسات العمومية الاقتصادية E.P.E و قد استخلفت مصطلح المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي ابتداء من سنة 1988.

و لكن ما المقصود بالمؤسسات العمومية الوطنية ادا لم تكن مرادفة لمصطلح المؤسسات العمومية الاقتصادية ؟

انطلاقا مما نصت عليه المادة 43 حيث أنها أقرت استفادتها[42] من مقتضيات المرسوم التشريعي 93 – 12 و يتم ذلك **عن طريق التنظيم.**

إن القول بمبدأ التنظيم يجعلنا منطقيا نستثني المؤسسات العمومية الوطنية باعتبارها مرادف للمؤسسات العمومية الاقتصادية على اعتبار أن هذه الأخيرة و بحكم استقلاليتها من حيث الذمة المالية و التسيير ، فهي حرة – إلى حد ما – في تقرير برامجها الاستثمارية و لن تكون في حاجة إلى صدور تنظيم بشأن ما ستقوم به من استثمارات حتى تستفيد من أحكام المرسوم 93 – 12 ، أما المؤسسات العمومية الوطنية و نظرا لأهميتها و دورها – من حيث النشاطات المزاولة ذات الأولوية و ارتباطها بالبرامج التنمية للدولة – فإن استفادتها من أحكام المرسوم التشريعي تشرط صدور تنظيم.

يذهب الأستاذ عليوش إلى اعتبار المؤسسات العمومية الوطنية من أنها الهيئات الاقتصادية التابعة للدولة التي لم تحول بعد – إلى غاية تاريخ صدور المرسوم التشريعي 93 – 12- إلى مؤسسات عمومية اقتصادية [43] مقدما كمثال شركة سونا طراك و هو الشيء الذي يتفق مع التحليل السابق الذي قدمناه.

خامسا: تطوير الاستثمار -الأمر رقم 01 – 03 المؤرخ في أوت 2003 [44] المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل و المتمم بالأمر رقم 06 – 08 المؤرخ في 15 جويلية 2006 -.

يعد الأمر رقم 01-03 احدث التشريعات التي أصدرها المشرع الجزائري في مجال تنظيم وسير وفض المنازعات المترتبة عن الاستثمارات المقام من قبل الوطنيين وكذا الأجانب.

تنص المادة الأولى من الأمر 01-03 ، « **يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية ، المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات وكذلك الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز و/أو الرخصة ».**

ونصت المادة الثانية : يقصد باستثمار في مفهوم هذا لأمر مايأتي :

---

[42]- الملاحظ أن النص على المؤسسات العمومية الوطنية جاء مباشرة بعد تطرق المشرع إلى الاستثمارات ذات الأولوية – المادة 42 – و نعتقد أن هذا الترتيب ليس مجرد صدفة.

[43]- عليوش مرجع سابق ص 22.

[44]- المصادق عليه بالقانون رقم 01 – 16 الموافق لـ 21 أكتوبر 2001.

3- اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة أو التوسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة.

4- المساهمة في رأس مال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

5- استعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية .

يلاحظ بداية أن المادة الأولى من الأمر 01-03 لم تبقي على الاستثناء الذي أوردته المادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-12 بشأن النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات والتي تكون مخصصة لدولة أو أحد فروعها ، من حيث أن النشاطات الاستثمارية الوطنية أو الأجنبية لايمكن لها أن تتعدى هذا الاستثناء.

إن مصطلح "الاستثمارات الوطنية" بحسب نص المادة الأولى من الأمر 01-03 ، تشمل إضافة إلى ما يقوم به القطاع الخاص الوطني من استثمارات في مجال النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات إضافة إلى تلك الاستثمارات التي تنجر عن تمويل عمومي.

إن نص المادة الأولى يمثل في نظرنا **طفرة نوعية** ، حاول من خلالها المشرع الجزائري ولأول مرة وضع الاستثمارات خاصة الوطنية والعمومية في نفس المستوى على الأقل على مستوى النص ، لا بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث أضفى عليها صفة رمزية ذات دلالة ، من حيث أنه شمل الاستثمارات المنجزة من قبل الخواص الجزائريين بوصف "**الوطنية**".

يكون المشرع الجزائري باختياره هذا النهج قد كرس بعدما اعتنق توجهات جديدة لم يعهدها من قبل في المجال الإقتصادي والتنموي بشكل عام ويكون بذلك قد تراجع من مفاهيم " **تقديس الشيء العمومي**" وأولوية القطاع العام و المؤسسة العمومية ، ويكون من جهة أخرى قد أعطى جواب صريح اتجاه المستثمرين بصفة عامة والأجانب بصفة خاصة حول الدور المناط بالقطاع الخاص الوطني في تحقيق التنمية وهو الشيء المعول عليه لدفع المترددين من أصحاب رؤوس الأموال الجزائريين في الداخل وفي الخارج وكذا الأجانب ، على اختيار الجزائر كوجهة قانونية اقتصادية وتجارية تساوي بين أهمية رؤوس الأموال الخاصة والعمومية في مجال الدفع بالتنمية.

هذا الخيار "الإستراتيجي المشرع" « *Un choix stratégique légiféré* » من شأنه الدفع بنا إلى القول أن المشرع الجزائري أراد من خلال إضفاء صفة " **الوطنية** "[45] على الاستثمارات الخاصة الجزائرية إلى **تشجيع أشكال أخرى من الاستثمار الأجنبي في الجزائر ربما تكون في مقدمتها الشراكة في رؤوس أموال مؤسسات عمومية أو خاصة عن طريق مساهمات نقدية أو عينية مع الإبقاء على الأغلبية لشريك جزائري " عمومي أو خاص " قصد الاستفادة من وصف " الاستثمارات الوطنية " .**

[45]- إن المرسوم التشريعي 93-12 في مادته الأولى أضفى صفة الوطنية على استثمارات رؤوس الأموال الجزائرية ولكن مايميز مضمون المادة الأولى من الأمر 01-03 هو جمع المشرع بين الاستثمار العمومي والخاص تحت سقف واحد هو الاستثمار الوطني.

نلاحظ من جهة أخرى تناول المادة الأولى لإمكانية "استعادة " المستثمر الأجنبي للمؤسسات العمومية في إطار الخوصصة و هو الأمر الذي لم يكن ليتصور من خلال التشريعات السابقة ، ثم إن المشرع يجعل من هذه "الاستعادة" سببا مباشرا للاستفادة من مزايا و تدابير الحماية القانونية، المالية و القضائية.

بالرجوع إلى مقتضبات المادة الأولى من مرسوم التشريعي 93-12 نلاحظ أن المشرع قد خص الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها – دون بيان طبيعة تلك الهيئات هل هي المؤسسات الاقتصادية العمومية أم أي هيئة عمومية أو أي شخص معنوي معين صراحة بموجب نص تشريعي – وهي عبارة فضفاضة تفتقر إلى الدقة القانونية وتفتح المجال لتفسيرات متعددة، خصها إذن بميزة الاستحواذ على بعض الأنشطة الاقتصادية المنتجة للسلع أو الخدمات.

إن غموض وعمومية الطرح الذي أتى به المرسوم التشريعي 93-12 بشأن طبيعة الهيئات العمومية وكذا طبيعة النشاطات الاقتصادية الخاصة بإنتاج السلع أو الخدمات التي تكون مقتصرة عليها، يكون بحسبنا قد دفع بالمشرع إلى إلغاء النص عليها (*يكون بدلك قد تخلى عن خاصية ميزة نظام وتنظيم الاستثمار في الجزائر مند الاستقلال*) في الأمر 01-03 فاتحا بذلك مجال الاستثمار من دون قيد أو شرط مع الإبقاء على عبارة **"...المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات ..."** (*مع ملاحظة حذف كلمة* **الخاصة** *المسبوقة بالنشاطات الاقتصادية في المرسوم التشريعي **93-12** و التي لم تكن مبررة*)نعتبر أن العبارة وكما هي مدونة لا مبرر على الإبقاء عليها ذلك أن أي نشاط اقتصادي منتج تكون الغاية منه استحداث سلع أو تقديم خدمات أو هما معا بالضرورة.

كان ربما أجدى النص في مادة الأولى " **يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة ".**

ثم ان عبارة ***المنجزة*** **تشمل الاستثمارات المحققة** ، أي تلك الاستثمارات التي دخلت مرحلة الاستغلال أو على أقل تلك التي أتم جميع مراحل الإعداد لها من حيث اقتناء الأرضية، شراء المعدات والتجهيزات...الخ (*في حين استعمل المشرع عبارة **التي تنجز** عند حديثه عن الاستثمارات التي يشترط فيها منح الامتياز و/أو الرخصة*).

تضيف المادة الأولى النص على المجالات التي يمكن لرؤوس الأموال الأجنبية أو الوطنية الاستثمار فيها بذكر عبارة " وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز و/أو الرخصة.

تثير هذه الجملة القانونية الكثير من التساؤلات حول:

- ماهي مجالات الاستثمار التي يشترط المشرع ضرورة منح – مسبق- لامتياز أو رخصة أو هما معا؟.
- ما المقصود بالامتياز " *Concession* "وما المقصود بالرخصة " Licence " ؟.
- ماهي الهيئة أو الهيئات المختصة بالنظر في طلبات الاستثمار في المجالات التي يشترط فيها منح الامتيازات أو الرخصة ؟.

قبل محاولة الإجابة على هذه التساؤلات ،علينا تحديد التصنيف الذي اعتمده المشرع للاستثمارات المعتد بها بحسب الأمر 01 – 03 و يمكن تقسيمها إلى مستويات ثلاثة و هذا بحسب درجة الامتيازات و الحوافز الضريبية الجمركية الشبه ضريبية و المالية .

أ- **المستوى الأول** **النظام العام** : ما نصت عليه المادة 1 – 2 من استثمارات و يستثنى منها ما نصت عليه المادة 3 فقرة 2 التي تم أضافتها بالأمر 06 – 08 المؤرخ في 15 جويلية 2006[46].

تستفيد إذن الاستثمارات المعينة في المادة 1 و 2 في ظل هذا المستوى من الحد **الأدنى المضمون** و قد ورد تعداد هذه المزايا[47] من خلال المادة 9 المعدلة حيث أقرت نوعين من الامتيازات و الحوافز يتم تحديها بحسب تقدم تنفيذ المشروع.

ü **عند بداية المشروع** [48] - أي المرحلة الممتدة من تبليغ قرار الاستفادة إلى غاية بدء استغلال المشروع-.

- تطبيق النسبة المخفضة في مجال الحقوق الجمركية ، فيما يخص التجهيزات المستوردة و التي تدخل مباشرة في إنجاز المشروع و قد أصبحت معفاة من دفعها بحسب التعديل.
- الإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة فيما يخص السلع و الخدمات التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار سواء كانت مستوردة أو منتقاة محليا بحسب التعديل الأخير.
- الإعفاء من دفع رسم نقل الملكية بعوض ، فيما يخص كل المقتنيات العقارية التي تمت في إطار الاستثمار المعنى [49].

أما من حيث المدة القانونية التي تستغرقها – مرحلة إنجاز المشروع – و إذا كان المرسوم التشريعي 93-12 قد حددها بثلاث سنوات – المادة 17 – مع الإبقاء على إمكانية تمديد هذه المدة بقرار من وكالة ترقية الاستثمار، فاءن الأمر 01 – 02 و من خلال المادة 13 لم يحدد مدة يستوجب على المستثمر احترامها إنما نراه اعتبر الأمر من اختصاص الاتفاق – **إذن التفاوض** – الذي يسبق قرار منح المزايا.

ü **عند بداية الاستغلال:** و هو ما أضافه الأمر 06 – 08.

- الإعفاء من دفع الضريبة على أرباح الشركات.
- الإعفاء من الرسم على النشاط المهني.

ب- **المستوى الثاني** **النظام التفضيلي** : و قد تناولته المادة 10 من الأمر و تشمل نوعين من الاستثمارات:

---

[46]- و هي إشارة إلى النشاطات + الأملاك و الخدمات غير المعنية بالحوافز و الضمانات المقدمة عبر الأمر 01 – 03 و قد تم تحديدها بالمرسوم التنفيذي 07 – 08 المؤرخ في 11 جانفي 2007.
[47]- زيادة على المزايا و الحوافز المنصوص عليها في القانون العام – المادة 9 -
[48]- و قد استعمل المشرع عبارة "بعنوان انجاز المشروع".
[49]- نلاحظ أن المشرع قد وسع من مجال المزايا – النظام العام – مقارنة بالمرسوم التشريعي 93 – 12 المواد 16 – 17 – 18.

أ- **الاستثمارات التي تنجز في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة.**

ب- **الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني.**

أ - **الاستثمارات التي تنجز في مناطق تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة :** لم يشر المشرع إلى طبيعة هذه المناطق التي يقدم بشأنها نظاما تفضيليا معتبرا أن تحديدها يعود للمجلس الوطني للاستثمار.

إذن خلافا لمقتضيات المادة 20 من المرسوم التشريعي 93 – 12 و التي حددت ما كان يعرف بالمناطق الخاصة ، و التي صنفها المشرع بحسب نفس المرسوم التشريعي إلى مناطق التوسع الاقتصادي التي تساهم في التنمية الجهوية و مناطق ترقية الاستثمارات ، و قد نظم المرسوم التنفيذي رقم 94 – 391 الاستثمارات المنجزة في المناطق الخاصة بمفهوم المرسوم التشريعي 93 – 12.

في هذا الإطار تم وضع قاعدتين عمليتين تعتمد من جهة على تقسيم الإقليم الوطني إلى مناطق ومن جهة أخرى وضع تدابير تشجيعية و تحفيزية مختلفة و متنوعة ، و عليه و بحسب مضمون المرسوم التشريعي 93 – 12 فإن مناطق ترقية الاستثمارات هي **المناطق المحرومة و الفقيرة و التي تعرف تأخرا اجتماعيا و تجهيزيا** ، أما مناطق التوسع الاقتصادي فهي تلك **المناطق المهيئة سلفا لتحقيق الاستثمار** من حيث تمتعها بإمكانات طبيعية بشرية و مادية أو توفرها على الهياكل القاعدية المطلوب حشدها و الرفع من شأنها [50].

الملاحظ إذن أن الأمر 01 – 02 لم يأخذ بمعيار تقسيم الإقليم إلى مناطق و تصنيفها إلى مناطق فقيرة و متخلفة مقارنة بالمعدل الوطني للتنمية [51] من جهة ، و إلى مناطق التوسع الاقتصادي من جهة ثانية ، بل أخذ بمعايير جديدة هي **المساهمة الخاصة للدولة للنهوض بمعدلات التنمية** في المناطق و البلديات المحرومة، يبدو أن مردودية التدابير المنصوص عليها في المرسوم التشريعي 93 – 12 - و المراسيم التنفيذية المرافقة له – من حيث دفعها للتنمية الاقتصادية في المناطق المحرومة و تطوير مناطق التوسع الاقتصادية خلال ما يقارب من 09 سنوات بينت محدوديتها في تحفيز الاستثمارات [52].

هو توجه جديد إذن للمشرع يجعل من مستويات مساهمة الدولة في التهيئة و التحضير القاعدي للاستثمار المعيار الأساس في تحديد الاستفادة من أحكام النظام التفضيلي.

إن إنشاء صندوق دعم الاستثمار [53] -المنصوص عليه في المادة 28 - يعد أحد أهم ما استحدثه الأمر 01 – 03 و الذي يهدف إلى تمويل التكفل بمساهمة الدولة في كلفة المزايا الممنوحة للاستثمارات و لا سيما منها النفقات بعنوان أشغال المنشآت الأساسية الضرورية لإنجاز الاستثمار.

---

[50]- المرسوم التنفيذي رقم 91 – 321 المؤرخ في 14 سبتمبر 1991 المعدل للمرسوم التنفيذي 89 – 09 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتضمن كيفيات تحديد المناطق الواجب ترقيتها.

[51]- و الذي يتم تحديده بالنظر إلى مستوى النمو الديمغرافي ، المعطيات الطبيعية ، المعطيات الاجتماعية ، مستوى البطالة ، المعطيات المالية ، و الحياتية المحلية .

[52]- ربما يعود كذلك إلى تعدد و تعقيد النصوص التنظيمية.

[53]- المادة 277 قانون المالية 01 – 21 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001 و كذا المرسوم التنفيذي رقم 02- 295 المؤرخ في 15 سبتمبر 2002 المحدد لكيفيات تنظيم و سير حساب التخصيص الخاص رقم 107 – 302 المعنون صندوق دعم الاستثمار.

دور الصندوق بحسب المادة 28 هو التغطية المالية للتكاليف المترتبة عن المزايا الممنوحة للمستثمرين في المناطق المتخلفة و الفقيرة ، خاصة منها النفقات المتعلقة بتوفير المنشآت الأساسية من طاقة ، و وسائل مواصلات و تهيئة للأرضية التي ستقام عليها المشاريع ... الخ.

نستنتج مما تقدم تخلي المشرع عن التصنيف المتعلق بالمناطق الخاصة حسب ما نص عليه المرسوم 93 – 12 بحيث لم يعد يعتبر مناطق التوسع الاقتصادي من المناطق الخاصة المرتبة – تحت هذا الغطاء- لامتيازات خاصة بالنسبة للمستثمرين فيها، ذلك أن **غياب العوامل الأولية للاستثمار-** من خلال تجربة المرسوم التشريعي 93 – 12 في مناطق ترقية الاستثمار – جعل غالبية الاستثمارات تتجه إلى مناطق التوسع الاقتصادي إضافة إلى ولايات الشمال ، و هو الشيء الذي يرتب عدم التوازن التنموي و بالتالي النزوح الريفي و ارتفاع معدلات البطالة في المناطق الفقيرة – الجنوب ، الولايات الجبلية خاصة-.

و قد أقر المشرع للاستثمارات المنجزة في المناطق[54] التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة للدولة المزايا الخاصة التالية.

- **عند بدء تنفيذ المشروع:**
  - تطبيق حق ثابت في مجال التسجيل بنسبة مخفضة قدرها 2 ‰ فيما يخص العقود التأسيسية والزيادات في رأس المال.
  - تكفل الدولة جزئيا أو كليا بالمصاريف، -بعد تقييمها من الوكالة-* فيما يخص الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية الضرورية لإنجاز الاستثمار .
  - الإعفاء الضريبي على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار ، سواءا كانت مستوردة أو مقتناة من السوق المحلية " وذلك عندما تكون هذه السلع والخدمات موجهة لإنجاز عمليات تخضع للضريبة على القيمة المضافة" وقد تم إلغاء الفقرة الأخيرة بحسب التعديل الأخير – الأمر 06-08.
  - تطبيق النسبة المخفضة في مجال الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار و قد أصبحت معفاة من دفعها بحسب التعديل الأخير.
- **بعد معاينة انطلاق الاستغلال**:**

[54] - Site WEB ANDI - Traduction faite par l'étudiant -

* -هل يعد هذا شرط لتحديد مستوى تدخل الدولة أو أنه لا يتعدى نية المشرع في إعطاء أكبر مصداقية وصحة للتقييم؟.

** تتم المعاينة من قبل الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بالنسبة لنظام التفضلي و يكون الأمر من اختصاص مصالح الجباية و بطلب من المستثمر بالنسبة لنظام العام و الذي لا يمكن أن يتعدى 3 سنوات

- الإعفاء لمدة 10 سنوات من **النشاط الفعلي** من الضريبة على أرباح الشركات I.B.S و الرسم على النشاط المهني T.A.P.
- الإعفاء لمدة 10 سنوات ابتداء من تاريخ الاقتناء، من الرسم العقاري على الممتلكات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار.

نلاحظ أن المشرع و اعتبارا من التعديل – الأمر 06 – 08 المؤرخ في 15 / 07 / 2006 – قد قلص من مستوى المزايا التحفيزية ، حيث كان يقر حسب المادة 11 من الأمر 01 – 02 قبل التعديل بالإعفاء و لمدة 10 سنوات من الضريبة على الدخل الإجمالي على الأرباح الموزعة I.R.C و من الدفع الجزافي V.F بالإضافة إلى إلغاء الفقرة الأخيرة من المادة 11 التي كانت تنص على منح مزايا إضافية من شأنها أن تحسن أو تسهل الاستثمار ، مثل تأجيل العجز و آجال الاستهلاك. - *le report des déficits et les délais d'amortissement*-

ب - **الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني:**

نصت المادة 10 – فقرة 2 – "**... و كذا الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني لا سيما عندما تستعمل تكنولوجيا خاصة من شأنها أن تحافظ على البيئة و تحمي الموارد و تدخر الطاقة و تفضي إلى تنمية مستدامة** ".

و قد تناول المرسوم التشريعي 93 – 12 المادة 15 مفهوم الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني بالنظر إلى حجم المشروع و مميزات التكنولوجيا المستعملة و ارتفاع نسبة اندماج الإنتاج ، الذي يجري تطويره وارتفاع الأرباح بالعملة الصعبة ، و من حيث مردودية هذه الاستثمارات على المدى الطويل من امتيازات إضافية طبقا للتشريع المعمول به.

قلص إذن المشرع عبر الأمر 01 – 02 من الاستثمارات المعنية بوصف الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني في ما يلي:

1- الاستثمارات النظيفة و لمحافظة على البيئة.
2- الاستثمارات المحافظة على الموارد الطبيعية.
3- الاستثمارات المدخرة للطاقة .
4- الاستثمارات المحققة للتنمية المستدامة.

يبدو جليا أن توجهات المشرع عرفت خيارات إستراتيجية أخرى ، ثم إن تعداد مواصفات و طبيعة الاستثمارات التي تعد بحسب الأمر 01 – 02 ذات أهمية خاصة للاقتصاد الوطني تجعلنا نقول إنها تسعى إلى حماية البيئة والمحا فضة على الموارد الطبيعية و تحقيق التنمية المستدامة **هل هذه هي أولويات اقتصاد دولة نامية؟** كل الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني يتم بشأنها إبرام اتفاقية و تكون الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ممثلة لدولة - حسب ما جاء في المادة 12 من الأمر 01 – 03 قبل التعديل ، المادة 12

معدلة بالأمر 06 – 08- إضافة ما يفيد أن التفاوض بشأن هذه الاتفاقية يتم في إطار الشروط المذكورة في المادة 12 مكرر و قد أضافت نفس المادة الفقرة 2 أن توقيع الاتفاقية يتم من قبل الوكالة باعتبارها ممثلة لدولة بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار – ما يقابلها المادة 15 فقرة 3 في المرسوم التشريعي 93 – 12 و الذي نص على موافقة مجلس الحكومة – و يتم نشر هذه الاتفاقية في الجريدة الرسمية.

إذن يكون للمجلس الوطني للاستثمار سلطة الاطلاع على مضمون الاتفاقية لا بل و يشترط موافقته على مضمونها قبل إتمام إجراءات إبرامها (المادة 18 ف 2).

يكون للوزير المكلف بترقية الاستثمارات مهمة قيادة المفاوضات – على رأس الوكالة- الخاصة بتقرير الحوافز والامتيازات المقررة في صلب الاتفاقية الخاصة بالنشاطات ذات المصلحة الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني – المادة 12 مكرر ف1.

ويتم التعريف بالاستثمارات المذكورة أعلاه عن طريق التنظيم – الذي يحدد الشروط والمقتضبات – بعد إشارة المجلس الوطني للاستثمار وهذا ما يتناقض ومضمون المادة 10 في فقرتها الأخيرة حيث تنص : " **يحدد المجلس الوطني للاستثمار المذكور في المادة 18 أدناه المناطق المذكورة في الفقرة 1** (وهي الاستثمارات التي تقام في المناطق التي تحتاج تنميتها المساهمة الخاصة للدولة وبعبارة أخرى وكما سبق وأوردنا الاستثمارات المستفيدة من النظام التفضيلي) **وكذا الاستثمارات المذكورة في الفقرة أعلاه** (وهي الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني) مما تقدم نقول أنه كان من الأجدى حذف هذه الفقرة خلال التعديل الأخير.والآن وبعد هذا التناول لما أقره المشرع من أحكام بشأن الاستثمار عبر الأمر01-03 و مالحقه من تعديل يبقى مطروحا سؤال حول مدلول منح **الامتياز** و **الرخصة** ؟.

بداية لا نتصور بحسب المناخ القانوني الذي حاول أن يكرسه المشرع عبر الأمر 01-03 أن يتعلق شرط منح الامتياز بالنسبة للاستثمارات المقامة في مناطق تحتاج تنميتها المساهمة الخاصة لدولة ، وذلك بسبب بسيط هو طبيعة هذه المناطق الفقيرة بحيث لايتصور اشتراط المشرع لمنح امتياز أو رخصة . يبقى إذن الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني ولا سيما منها تلك التي تقام في مجال المحروقات والطاقة بشكل عام.

نصت المادة 05 من القانون رقم 05-07 المؤرخ في 28 أفريل 2005 والمتعلق بالمحروقات "**يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي ..... الترخيص بالتنقيب:** ترخص تسلمه الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات، تخول صاحبها، بطلب منه الحق غير المطلق في القيام بأشغال التنقيب في محيط واحد أو في عدة محيطات........**الامتياز:** وثيقة يرخص بموجبها الوزير المكلف بالمحروقات لصاحب الامتياز بإنجاز واستغلال منشات النقل بواسطة الأنابيب لمدة محددة مع مراعاة تنفيذ الالتزامات المكلف بها بموجب هذه الوثيقة".

أخد المشرع إذن بمبدأ إشتراط منح الامتياز أو الرخصة أو هما معا في الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني ، ولكي يتمكن المستثمر من الحصول على حق الامتياز أو الرخصة يتطلب توافره على إمكانيات خاصة تشمل الوسائل والمعدات التكنولوجية، الدراية العلمية والمقدرة المالية ، **كلما كانا أمام إشتراط منح الامتياز أو الرخصة أو هما معا كنا أمام القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني** – حسب المادة 2 من الأمر 66-284 وما نص عليه المرسوم التشريعي 93-12 والأمر 01-02 أي الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني.

خلاصة القول بالنسبة للتطور الذي شهدته فكرة الاستثمار من خلال مختلف النصوص القانونية المنظمة لها في الجزائر أنها تمثل بحق تجسيدا تشريعيا لمختلف الحقب التاريخية التي بلورت الخيارات التنموية وبالتالي الاقتصادية للبلاد.

انطلاقا من نظرة "تهميشية" ومترددة – مع إعمال سلطة المراقبة - حيال دور رؤوس الأموال الخاصة جزائرية كانت أو أجنبية من خلال نظامي الاستثمار لسنوات 1963و 1966 وصولا إلى تقديم شيء من التنازلات أمام قصور ورداءة الأداء الاقتصادي القائم على إستراتيجية تنموية تعطي الأولوية لتدخل الدولة والمؤسسات العمومية إبتداءا من صدور الأمر رقم 82-11 المؤرخ في 21أوت 1982 المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الوطنية الخاصة حيث أقر المشرع ولأول مرة بالدور الوطني للإستثمار الخاص الجزائري.

إن المرسوم التشريعي 93-12 يمثل النتيجة الحتمية لجزائر ما بعد 1988 أي تلك الحقبة من الزمن التي شهدت خلالها الآلة الاقتصادية العمومية إعادة هيكلة شاملة ابتدأت بإنشاء المؤسسات العمومية الاقتصادية و احتكامها لمقتضبات القانون التجاري – وإعادة جدولة الديون العمومية الخارجية وما تلاها من إعادة هيكلة النسيج الصناعي وصولا إلى الاعتراف بدور الرأس المال الخاص في تمويل الاقتصاد- وصولا الى تشريع استعادة القطاع الخاص الجزائري أو الأجنبي للمنشات الاقتصادية العمومية عبر الخوصصة وتكون بذلك قد ألغت أخر الشروط المكرسة للشيء العمومي.

إذن بعد التردد " أو المغالبة" أقر المشرع نظاما قانونيا خاصا باستقطاب الاستثمارات الأجنبية وكرس من خلاله أكثر المبادئ كلاسيكية – وبالتالي ليبرالية- غير أن إرادة التميز والخصوصية ضلت تلازم المشرع الجزائري عبر إبقائه لشرطي الرخصة و حق الامتيار بالنسبة للاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني.

المطلب الثاني: التشريع العربي المقارن في مجال الاستثمار.

تمكننا دراسة مدلولات الاستثمار من خلال تقديم قراءة نقدية للنصوص التشريعية العربية المنظمة له من الوقوف على حقيقة مفادها أن الوطن العربي في جملته يظم دولا تكمن المشكلة بالنسبة لها في وجود فائض من رؤوس الأموال يصعب عليها توظيفها داخل حدودها الإقليمية ودولا أخرى تشكوا من نقص فادح في رؤوس الأموال تمكنها من الوفاء بمتطلبات التنمية عندها[55].

ثم إن الدولة العربية التي تمتلك فائض ضخم من رؤوس الأموال ، يعاني البعض منها من نقص في الوسائل الفنية الحديثة والمرتكزات التكنولوجية المتقدمة أو من غياب المهارات الفنية المؤهلة ، في حين نلاحظ بالنسبة للدول العربية التي تعاني من نقص في رؤوس الأموال تمتعها بوجود إمكانيات بشرية مدربة وقاعدة فنية صناعية تحتاج إلى تحديث وتطوير مع إدخال مهارات إدارية تسييرية عصرية .

تختلف تشريعات الاستثمار من دولة إلى أخرى باختلاف عدة عوامل عادة ما تحدد توجهات المشرع في هذه الدولة أو تلك في صياغة التشريع المنظم للاستثمار، ومن أهم هذه العوامل الظروف الاقتصادية السائدة من مثل مدى احتياج الدولة المضيفة لرؤوس الأموال أو التكنولوجية ، ومدى حاجياتها للمواد الطبيعية ومدى توفير اليد العاملة الوطنية وحاجاتها لتشغيلها – مستوى البطالة-، وحجم السوق المحلي ومدى إستعابه لمنتوجات المشاريع الاستثمارية والقدرة الفنية والمالية واللوجستية لتصدير تلك المنتوجات ، يضاف إلى ذلك كله الظروف السياسية السائدة في الدولة والتي عادة ما تحدد السياسات الاقتصادية التي تنعكس بالضرورة على ما يتبناه المشرع.

و لم تنجوا الدول العربية كمجموعة من وجود اختلافات فيما بينها في شأن تنظيم استضافة الاستثمار الأجنبي ، وتعددت هذه الاختلافات بتعدد العوامل الموجبة لها من ظروف سياسية واقتصادية .

ولقد اخترنا دراسة كل من **التشريع التونسي** لسنة 1993قانون ضمانات وحوافز الاستثمار **المصري** رقم 08 لسنة 1997 المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 2004 ، تقنين الاستثمارات **الموريتاني** رقم 03 لسنة 2002 ، قانون **الكويت** رقم 08 لسنة 2001 الخاص بتنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي والقانون **السوري** للاستثمار المؤرخ في 1991/04/25.

لقد تعمدنا دراسة هذه التشريعات من دون غيرها و ذلك لسببين أساسيين :

- طبيعة النظم السياسية ، الاختيارات الاقتصادية و مستويات التنمية بين الدول المعنية.
- اختلافات و تنوع التناول التشريعي لموضوع الاستثمار الأجنبي بالنظر إلى معطيات العامل الأول

أولا - القانون التونسي - القانون رقم 120/93 الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 1993 المتعلق بإصدار مجلة تشجيع الاستثمارات التونسية -[56] .

[55]- دراسات حول ضمانات الاستثمار في قوانين البلاد العربية المرجع السابق ص5.
[56]- مداومة مجلس النواب وموافقته للجلسة المنعقدة بتاريخ 21 ديسمبر 1993.

تنص المادة الأولى من مجلة تشجيع الاستثمارات على أن هذه الأخيرة **تضبط نظام بعث المشاريع وتشجيع الاستثمارات بالبلاد التونسية من قبل باعثين تونسيين** *Promoteurs Tunisiens* **أو أجانب مقيمين أو غير مقيمين أو بالمشاركة وفق الإستراتيجية العامة للتنمية التي تهدف إلى دفع نسق النمو والتشغيل في الأنشطة التابعة للقطاعات التالية :**

1- الفلاحة والصيد البحري.

2- الصناعات المعملية Les industries manufacturières

3- السياحة.

4- الصناعات التقليدية .

5- النقل .

6- التربية والتعليم.

7- التكوين المهني.

8- الإنتاج والصناعات الثقافية.

9- التنشيط الشباني والعناية بالطفولة.

10- الصحة.

11- حماية البيئة والمحيط.

12- البعث العقاري Promotion Immobilière

أنشطة وخدمات غير مالية أخرى.

تضيف المادة 2 الفقرة 4 : **.....وتبقى الاستثمارات في بعض الأنشطة خاضعة لمصادقة مسبقة من طرف المصالح المعنية وذلك حسب الشروط والتراتيب الواردة بالقوانين الخاصة بتلك الأنشطة وكذلك بالنسبة للأنشطة الأخرى التي يقع ضبطها بأمر – وهو المرسوم رقم 94- 492 –**

يعتبر من جهة أخرى القانون 93 – 120 التونسي أن للأجانب المقيمين و غير المقيمين حرية الاستثمار في المشاريع المنجزة في إطار هذه المجلة ، غير أن مساهمة الأجانب في بعض أنشطة الخدمات غير المصدرة كليا التي يقع تنظيمها بمرسوم خاص تخضع لموافقة اللجنة العليا للاستثمار [57] هذا إذا تجاوزت مساهمة الأجانب 50% من رأس المال ، يمكن القانون التونسي المستثمر الأجنبي من الاستثمار في القطاع الفلاحي عن طريق الاستغلال بالكراء للأراضي الفلاحية على أنه لا يمكن بأي حال أن يؤدي هذا الاستثمار إلى تملكه للأراضي الفلاحية – المادة 3 فقرة 3.

[57]- المادة 52.

و يشمل نظام الاستثمار في تونس عمليات الاستثمار المتعلقة ب**إحداث أو توسيع أو تجديد أو إعادة تهيئة أو تغيير نشاط.**

و ينظم القانون التونسي للاستثمار الحوافز و المزايا المقدمة للمستثمرين في شكل حوافز مشتركة – **النظام العام** – و حوافز خصوصية و فيما عدا الاستثمارات المقامة في الأنشطة المصدرة كليا فإن الانتفاع بالحوافز يستوجب تحقيق هيكل تمويل للاستثمار يتضمن نسبة دنيا من التمويلات الذاتية تبقى على عاتق المستثمر .

يستشف من خلال المواد السابقة أن المشرع التونسي يعتد بالاستثمارات المباشرة المنشأة ، الموسعة ، المجددة أو تلك المعيدة لتهيئة أو المغيرة لنشاط ما و المقامة من طرف مستثمرين تونسيين أو أجانب أو عن طريق الشراكة و يتم كل ذلك في إطار الإستراتيجية العامة للتنمية و التي تهدف إلى النمو و التشغيل في القطاعات المبينة في المادة الأولى.

لنا أن نلاحظ أن أولى مميزات التشريع التونسي كونه مدون في **مجلة موحدة** (Code unique) و تتمثل أهدافه الأساسية في تطوير المنتوجات الموجهة للتصدير سواء كان التصدير كليا أو جزئيا و تبدو الأهمية التي يوليها المشرع التونسي للنشاطات المصدرة لمتوجاتها من حيث أنه خصها بجل الحوافز الخاصة بالضريبة و ربما الإضافة التي أتى بها التشريع التونسي في هذا المجال هو ما نصت عليه المادة 11 : **"تخضع المؤسسات المصدرة كليا لنظام المنطقة الحرة"** أي أن الاستثمارات المصدرة لمتوجاتها كليا وأينما كان مقرها في التراب التونسي فإنها تبقى معنية بمقتضيات الأحكام المنظمة للمنطقة الحرة، المادة 12 من جهتها وعلى خلاف ما تضمنه القانون الجزائري مثلا – في مجال تحديد المزايا الخاصة أو التفضيلية – لم تحدد تلك المزايا والحوافز سواء تعلق الأمر بالضرائب أو الرسوم الجمركية، ذلك أن المشرع التونسي اكتفى بالنص على ما تخضع له هذه الاستثمارات من أداءات ورسوم ومعاليم وضرائب.

أما عن الحوافز والمزايا المقررة في النظام العام فقد تناولته المادة 7 حيث مكنت الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون المكتتبون في رأس المال الأصلي للمؤسسات التي تقوم بالاستثمار في المجالات المشار إليها بالمادة الأولى أو في الزيادة في رأس المال من طرح المداخيل أو الأرباح التي تحققها والتي تعيد استثمارها وذلك في حدود 35% من المداخيل أو الأرباح الصافية الخاضعة للضريبة، ويستوجب الانتفاع بهذا الامتياز مايلي :

أ/ مسك محاسبة قانونية طبقا لنظام المحاسبة للمؤسسات وذلك للشركات والأشخاص المتعاطين لمهنة تجارية أو غير تجارية كما وقع تعريفها في قانون الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات –وقد تم تنقيح هذه الفقرة بالقانون رقم 4 لسنة 1999 المؤرخ في 01/11 1999 حيث حذفت عبارة "أو غير تجارية"-.

ب/ أن تكون الأسهم والمنابات من رأس المال جديدة الإصدار

ج/ ألا يتم تخفيض رأس المال المكتتب وهذا لمدة خمس سنوات ابتداء من الفاتح جانفي للسنة الموالية التي تم فيها تحرير رأس المال المكتتب باستثناء حالة التخفيض قصد استيعاب الخسائر.

د/ أن يرفق المنتفعون بالطرح التصريح بالضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين أو الضريبة على الشركات كشهادة تحرير لرأس المال المكتتب أو ما يعادلها.

هذا وقد اشتمل القانون رقم 96-113 المؤرخ في 30 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم للقانون 93-120 على مزايا تحفيزية أخرى في إطار النظام العام للحوافز تخص التجهيزات اللازمة لانجاز الاستثمارات باستثناء السيارات السياحية :

أ/ بتخفيض الرسوم الجمركية إلى نسبة 10 % وبتوقيف العمل بالاداءات المماثلة للرسوم الجمركية والأداء على القيمة المضافة والرسوم على الاستهلاك عند التوريد شريطة أن لا يكون لهذه التجهيزات مثيل مصنوع محليا.

ب/ بتوقيف العمل بالأداء –الضريبة- على القيمة المضافة والرسم على الاستهلاك وذلك بالنسبة للتجهيزات المصنوعة محليا.

هذا ويعتبر التشريع التونسي الشركات المصدرة كليا- الخاضعة لنضام الحوافز الخصوصي أو الخاص- **غير مقيمة- أي يعدها استثمارا أجنبيا-** عندما يكون رأس مالها ملك لمستثمرين تونسيين غير مقيمين أو أجانب **- مقيمين أو غير مقيمين-** مكتتب بواسطة جلب عملة أجنبية قابلة للتحويل في حدود نسبة 66% على الأقل من نسبة رأس المال، **يعني هذا أن المشرع التونسي وعلى خلاف ما هو سائد بالجزائر يأخذ بجنسية رؤوس الأموال لا بجنسية المستثمر** بشأن تحديد صفة المستثمر كما تنص المادة 17 من **التشريع التونسي أن المبيعات المنجزة والخدمات المسدات محليا من قبل المؤسسات المصدرة كليا لمتوجاتها تخضع للإجراءات والتراتيب الخاصة بالتجارة الخارجية.**

هذا كما خص المشرع التونسي الاستثمارات المقامة في مجالات محددة أو تلك المنفذة في المناطق النائية بجملة من الحوافز والامتيازات الإضافية ويمكننا تلخيص هذه المجالات في :

1- الاستثمارات المقامة قصد تشجيع التنمية الجهوية – العنوان الرابع المواد من 23 إلى – 26-.

2- التنمية الفلاحية – العنوان الخامس المواد من 27 إلى 36 -.

3- مقاومة التلوث والمحا فضة على البيئة – العنوان السادس المواد من 37 إلى 38 - .

4- النهوض بالتكنولوجيا والبحوث من أجل التنمية – الفصل السابع المواد من 39 إلى 43 مكرر-

5.- تشجيع المستثمرين الجدد والمؤسسات الصغرى والمتوسطة والمؤسسات والمهن الصغرى – العنوان الثامن المواد من 44 إلى 48 -.

6- تشجيع الاستثمارات المساندة وتخص الاستثمارات الخاصة بالعناية بالطفولة والتربية والتعليم والبحث العلمي ومؤسسات التكوين المهني ومؤسسات الإنتاج والصناعات الثقافية والتنشيط الشباني والمؤسسات الصحية والاستشفائية- العنوان التاسع المواد من 49 إلى 51 -.

هذا وينص العنوان العاشر – أحكام مختلفة – من التشريع التونسي على حوافز ومزايا أخرى منها على الخصوص:

- إمكانية وضع أراضي مخصصة لقيام مشاريع ذات أهمية من حيث حجم الاستثمار وإحداثه مواطن شغل جديدة وذلك **بالدينار الرمزي** ويسند هذا الامتياز بعد استشارة اللجنة العليا للاستثمار – المادة 52 مكرر المضافة بالقانون رقم 4 لسنة 1999 المؤرخ في 11 جانفي 1999.

- يمكن للمؤسسات أن تنتقل من نظام إلى آخر من أنظمة التشجيع والحوافز بشرط إيداع تصريح بالغرض والقيام بالإجراءات الضرورية لذلك ودفع الفارق بين جملة قيمة الامتيازات الممنوحة في إطار النظامين.

أما في مجال الاختصاص القضائي بشأن ما قد يثور من نزاع أو خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية فقد أقرت المادة 67 أن المحاكم التونسية هي صاحبة الاختصاص إلا في حالة الاتفاق متضمن شرط التحكيم أو يخول لأحد الطرفين – الدولة أو المستثمر- اللجوء إلى التحكيم وهذا عن طريق إجراءات تحكمية خاصة أو تطبيقا للإجراءات الصلحية أو التحكمية المنصوص عليها بإحدى الاتفاقيات التالية:

- الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات المبرمة بين الدولة التونسية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر.

- أو الاتفاقية الدولية الخاصة بتسوية الخلافات المتعلقة بالرصود المالية الناشبة بين الدول وتابعي دولة أخرى المصادقة عليها بالقانون عند 33 لسنة 1966 المؤرخ في 03 ماي 1966.

- أو الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات والمصادقة عليها بالمرسوم رقم 4 لسنة 1972 المؤرخة في 17 أكتوبر 1972.

- أو أي اتفاقية دولية أخرى تبرمها حكومة الجمهورية التونسية ويصادق عليها بصفة قانونية.

ونشير أخيرا أن نظام الاستثمار التونسي لسنة 1993 شهد تعديلات وإضافات متعددة منها على الأخص :

- **القانون رقم 96 -113 المؤرخ في 30-12-1996.**
- **القانون رقم 99 -66 المؤرخ في 15 جويلية 1999.**
- **القانون رقم 02-77 المؤرخ في 13-12-2002**
- **القانون رقم 99-04 المؤرخ في 11 جانفي 1999**

- **القانون رقم 04- 90 المؤرخ في 31 ديسمبر 2004 – قانون المالية –**
- **القانون رقم 96 -113 المؤرخ في 30-12-1996.**
- **القانون رقم 06-80 المؤرخ في 18-12-2006.**

ثانيا – القانون المصري قانون ضمان وحوافز الاستثمار المصري – لقانون رقم 8 لسنة 1997 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14 لسنة 2004:

لقد عرفة السياسة المصرية بالنسبة للتواجد الاستثماري الأجنبي على أراضيها ثلاث مراحل أساسية:

أ/ مرحلة التشجيع المتحفظ في الفترة الممتدة من 1952 إلى 1956.

ب/ مرحلة محاربة الاستثمار الأجنبي القائم وعدم الترحيب بأي استثمار أجنبي جديد بعد حرب 1956 وحتى سنة 1964.

ج/ مرحلة العودة إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية والتي بدأت بعد حرب الستة أيام 1967 والتي تبلورت توجهات السياسة المصرية تجاه الاستثمار الأجنبي من خلال قوانين سنة 1971 – 1974 – وكذا قانون سنة 1989[58].

- في 30 يوليو 1952 صدر القانون رقم 20 لسنة 1952 للسماح للأجانب الذين يوظفون أموالهم في مصر من تكوين شركة مساهمة.
- - في سنة 1953 صدر القانون رقم 156 لسنة 1953 لتشجيع الاستثمارات الأجنبية في مجالات الصناعة والزراعة والتعدين والقوى المحركة والنقل والسياحة بمنحها امتيازات في تحويل رأس المال والأرباح إلى الخارج وكذا جزء من مرتبات العمال.
- و في سنة 1963 صدر القانون رقم 66 منضما للمناطق الحرة التي أجاز إنشاؤها في الموانئ وفي غيرها من المناطق المصرية، وفي سنة 1966 صدر القانون 51 بنظام المنطقة الحرة ببور سعيد، مقررا حرية الاستثمارات فيها في نطاق واسع ومنشأ لهيئة مستقلة لإدارتها.
- ثم صدر القانون رقم 65 لسنة 1971 الذي اعتنى بتنظيم وبصورة شاملة استثمار المال العربي والأجنبي في مصر.
- ليصدر القانون رقم 43 لسنة 1974 المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1977 ثم القانون رقم 230 لسنة 1989 وأخيرا قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم 8 لسنة 1997 وما لحقه من تعديلات عبر القانون رقم 14 لسنة 2004.

---

[58]- ا إبراهيم شحاتة – معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر ص 23.

تنص المادة الأولى من القانون رقم 8 لسنة 1997 على أنه تسري **أحكام هذا القانون على جميع الشركات والمنشئات أيا كان النظام القانوني الخاضعة له، التي تنشأ بعد تاريخ العمل به لمزاولة نشاطها في أي من المجلات الآتية:**

1. استصلاح واستزراع الأراضي البور والصحراوية أو أحدهما.
2. الإنتاج الحيواني والداجني والسمكي.
3. الصناعة والتعدين.
4. الفنادق والموتيلات والشقق الفندقية والقرى السياحية والنقل السياحي.
5. النقل المبرد للبضائع والثلاجات الخاصة بحفظ الحاصلات الزراعية والمنتوجات الصناعية والمواد الغذائية ومحطات الحاويات وصوامع الغلال.
6. النقل الجوي والخدمات المرتبطة به بطريقة مباشرة.
7. النقل البحري لأعالي البحار.
8. الخدمات البترولية المساندة لعمليات الحفر والاكتشاف ونقل وتوصيل الغاز.
9. الإسكان الذي تؤجر وحداته بالكامل خالية لأعراض السكن غير الإداري.
10. البنية الأساسية من مياه شرب وصرف وكهرباء وطرق واتصالات.
11. المستشفيات والمراكز الطبية والملاحية التي تقدم 10% من طاقتها بالمجان.
12. التأجير التمويلي (وهو كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بان يؤجر إلى مستأجر منقولات مملوكة له أو تلقاها من المورد استنادا إلى عقد من العقود ويكون التأجير مقابل قيمة ايجارية يتفق عليها المؤجر مع المستأجر[60] « le crédit bail »)
13. ضمان الاكتتاب في الأوراق المالية.
14. رأس المال المخاطر *« société a capitaux de risque »* - المشاركة في المشروعات أو المنشآت لتنميتها بقصد تحويلها إلى شركات مساهمة أو توصية بالأسهم متى كانت هذه المشروعات وتلك الشركات تعاني قصورا في التمويل -
15. إنتاج برامج وأنظمة الحاسب الآلية.
16. المشروعات الممولة من الصندوق الاجتماعي للتنمية – ويجوز لمجلس الوزراء إضافة مجالات أخرى تتطلبها حاجة البلاد.

طبقا لنص المادة الأولى من قانون رقم 08 لسنة 1997 يكون هذا القانون قد حدد نشاط الشركات والمنشآت بصرف النظر عن النظام القانوني الذي تخضع له – **خاصة عمومية وطنية أجنبية أو بالمشاركة-** التي تسري عليها أحكام القانون، تحديدا يكاد يكون مفصلا ويكاد يكون على سبيل الحصر إذ أنه أبقى على إمكانية إضافة مجالات أخرى تتطلبها حاجة البلاد ، ويكون ذلك من اختصاص مجلس الوزراء دون النص على

60- الأستاذ عدل أمين –قانون ضمانات و حوافز الاستثمار مطبعة الانتصار 1997 ص 34

طبيعة تلك المجالات وحتى الشكل القانوني الذي ينص من خلاله على هذه المجالات.

وقد جاء بمشروع القانون المقدم من الحكومة في الفقرة الأولى من المادة الأولى عبارة **(متى كانت تزاول)** فبدلته اللجنة المشتركة – على مستوى البرلمان – واستبدلت هذه العبارة بعبارة **(لمزاولة نشاطها)** وذلك حتى تتمكن الشركات والمنشآت والمشروعات بالإعفاءات والمزايا الواردة بالقانون بمجرد تأسيسها والترخيص لها بأغراض معينة ويصبح لها بالتالي الكيان القانوني الخاص بها ويصبح نافذا في حقها ولصالحها هذا القانون حتى و لم تزاول نشاطها بعد[61].

يفهم من هذا التوجه – المادة 1 – الصريح الداعي للاستثمار الأجنبي والوطني(*) توفر إرادة "لترويج مصر للعالم حيث سعى إلى استهداف دول ومجموعات وشركات معينة قصد العمل في ميادين مخصصة ومحددة سلفا على خلاف الأسلوب الشمولي"[62] .

و تحديد مجالات الاستثمار هو سلوك اتبعته بعض القوانين العربية الأخرى من مثل قانون الاستثمار الليبي – المادة 8 من قانون الاستثمار الأجنبي الصادر في ليبيا برقم 5 لسنة 1997 – والقانون السوداني – المادة 6 فقرة 1 من قانون الاستثمار السوداني رقم 64 لسنة 1990 – وقانون الاستثمار السوري الذي حصر مجالات الاستثمار في ثلاث قطعات هي المشروعات الزراعية والصناعية والنقل – المادة 3 من قانون الاستثمار السوري رقم 10 لسنة 1191 – وكذا التشريع التونسي كما سبق الإشارة – المادة الأولى من القانون رقم 93-120- أما القانون الكويتي ونظام الاستثمار السعودي فلم يتضمن أي منهما تحديدا للمجالات الاستثمارية بل أوكلا ذلك التعيين إلى الجهات المعنية بوضع السياسة العامة للاستثمار[63].

تتمتع المشروعات الاستثمارية التي تزاول نشاطها في المجالات المحددة في قانون الاستثمار المصري بالإعفاءات والامتيازات المقررة للاستثمارات بموجب أحكامه دون اشتراط أن يكون المستثمر الأجنبي ملزما بمشاركة الوطنيين في مزاولة النشاط الاستثماري ، وبمعنى آخر فقد مكن المشرع المصري المستثمر الأجنبي من تملك مشروعه الاستثماري 100% ذلك أن القانون رقم 8 لسنة 1997 لم يحدد نسبة معينة لمشاركة الأجانب في رأس المال فالمادة الرابعة من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار اقتصرت على تبيان في العقود التأسيسية للشركات وأنظمتها الأساسية "أسماء الأطراف المتعاقدة" والشكل القانوني للشركة واسمها وموضوع نشاطها ومدتها ورأس مالها ونسبة مشاركة الأطراف المصرية وغير المصرية، ووسائل الاكتتاب فيها وحقوق والتزامات الشركاء.

61- الاستاد عدل أمين المرجع السابق ص 44

* مع ملاحظة أن الضمانات سبقت الحوافز في عنوان القانون

62- مقطع من افتتاحية الموقع الالكتروني للهيئة العامة للاستثمار و المناطق الحرة المصرية .

63- و هو مجلس الوزراء بالنسبة للكويت وفقا لما تضمنته المادة 2 من قانون الاستثمار الكويتي لسنة 2001 و المجلس الاقتصادي الأعلى وفقا لنص المادة 3 من نظام الاستثمار السعودي.

وهذا النص ليس فيه ما يدل على تحديد نسبة معينة أو التزام الأجنبي بمشاركة الوطنيين، والأمر كذلك بخصوص ما تضمنته اللائحة التنفيذية – المواد 5 إلى 12 – بحيث اقتصرت على تنظيم الإجراءات المطلوبة لتسجيل الشركة والترخيص لها باستثناء المادة 8 منها التي اشترطت لإصدار قرار الترخيص بتأسيس شركة المساهمة أو التوصية بأسهم إيداع ربع رأس المال النقدي في البنك المركزي المصري ، وكامل رأس المال بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة وهذه لأحكام تسري بالنسبة للمستثمرين الوطنيين وكذا الأجانب.

أما من حيث المزايا الضريبية والإعفاءات الجمركية ، فقد أقرت المادة 23 من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، أن الآلات والمعدات والأجهزة اللازمة لإنشاء المشروعات الاستثمارية والتي يتم إستيرادها من الخارج ، تكون معفاة من دفع الحقوق الجمركية فيما عاد ما نصت عليه المادة 4 من قانون تنظيم الإعفاء الجمركي رقم 186 لسنة 1986 من تحصيل ضريبة جمركية موحدة بنسبة 5% من القيمة على ما تستورده المشروعات (ما عدا السيارات السياحية) ، هذا وتجدر الإشارة إلى أن التشريع المصري المنضم للاستثمارات لسنة 1997 لم يتضمن النص على إعفاء التوسعات التي قد تلحق بالمشاريع المقامة من طرف المستثمر الأجنبي من أي ضريبة إلى أن تم تعديل أحكامه بالقانون رقم 162 لسنة 2000 ، والذي صدر خصيصا لمعالجة أحكام إعفاء التوسعات التي تدخلها المشاريع وبمقتضى التعديل أضيفت المادة 23 مكرر التي نصت على أنه تعفى من الضريبة "**التوسعات التي توافق عليها الجهة الإدارية وذلك لمدة 5 سنوات** ".

وقد نصت المادة 16 من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري ، على إعفاءات من دفع الضريبة على النشاط التجاري والصناعي أو الضريبة على أرباح شركات الأموال لمدة 5 سنوات كحد أدنى يمكن أن تزيد إلى عشر سنوات ، بل قد تبلغ مدة الإعفاء من تلك الضريبة إلى عشرين سنة وذلك في حال كون الشركة أو المنشأة تمارس نشاطها خارج الوادي القديم (وفقا لنص المادة 17) وقد قصد المشرع من استحداث هذا الحكم في القانون رقم 8 تشجيع الاستثمار في المشروعات العملاقة المقامة بعيدا عن الوادي القديم ، وأهمها المشروعات الزراعية كمشروع "**توشكى**" في الجنوب ومشروع "**العوينات**" و"**شرق التفريعة**" في الشمال ، بالنظر إلى الأهمية الإستراتجية لهده المشاريع في مجال تحقيق الأمن الغذائي لمصر [64].

وفي مجال الاستثمار بنظام المناطق الحرة قدر المشرع المصري أن يعامل الاستثمارات المقامة فيها ، معاملة خاصة بخصوص الضريبة بحيث تصل هذه الإعفاءات إلى **الإعفاء المؤبد** أو شبه المؤبد من ذلك نجد أن القانون المصري رقم 8 وفي المادة 35 نص على عدم خضوع "**المشروعات التي تقام في المناطق الحرة والأرباح التي توزعها لإحكام قوانين الضرائب و الرسوم السارية في مصر**" ، **وبهذا الحكم لم يعد الحافز الذي أعطاه المشرع للمستثمر مجرد إعفاء ضريبي، بل ذهب إلى حد عدم مخاطبته بأحكام الضرائب،** لا فيما يتعلق بالإجراءات وحسب ولا في ما يتعلق بالتحصيل وإنما "تحرره التام " من النظام الضريبي الساري في الدولة، أو بما يعرف في الفقه "بتجميد التشريع الوطني في مواجهة المستثمر الأجنبي.

64- عبد العزيز سعد المرجع السابق ص 60.

أما من حيث الحماية والضمانات فقد أقر المشرع المصري بالمبادئ التالية:

- عدم جواز تأميم الشركات أو المنشآت أو مصادرتها – المادة 8-
- عدم جواز فرض الحراسة عن طريق الإدارة على الشركات والمنشآت أو الحجز على أموالها أو الاستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها – المادة 9-
- عدم جواز التدخل في تسعير منتوج الشركات والمنشآت أو تحديد ربحها – المادة 10 –
- عدم جواز إلغاء أو إيقاف الترخيص بالانتفاع بالعقارات التي رخص بالانتفاع بها للشركة أو المنشأة كلها أو بعضها ، إلا في حالة مخالفة شروط الترخيص ويصدر في هذا الشأن قرار الإلغاء أو الإيقاف من رئيس مجلس الوزراء بناءا على عرض الجهة الإدارية المختصة ، ولصاحب الشأن الطعن في هذا القرار أمام محكمة القضاء الإداري خلال 30 يوما – المادة 11 –
- يكون للشركات والمنشآت الحق في تملك أراض البناء والعقارات اللازمة لمباشرة نشاطها والتوسع فيه أيا كانت جنسية الشركاء أو مكان إقامتهم أو نسب مشاركتهم.
- يكون للشركات والمنشآت أن تستورد بذاتها أو عن طريق الغير ما تحتاجه في إطار نشاطها الاستثماري – الإنشاء التوسعة أو التشغيل- من مستلزمات، وذلك دون الحاجة لقيدها بسجل المستوردين، كما يكون لها أن تصدر منتجاتها بالذات أو بالوساطة دون الحاجة إلى ترخيص ومن دون الحاجة إلى قيدها في سجل المصدرين – المادة 13-
- جواز اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام القانون 8 لسنة 1997 ، وذلك بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمرين ،كما يجوز الاتفاق بين الأطراف المعنية على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر، أو في إطار الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى التي انضمت إليها مصر بالقانون رقم 90 لسنة 1971 ، أو وفقا لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادرة بالقانون رقم 27 لسنة 1994 كما يجوز الاتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي – المادة7-.

ثالثا - تقنين الاستثمار الموريتاني – قانون رقم 3 لسنة 2002

تنص المادة الأولى من القانون رقم 3 – 2002 على أن الهدف من وضع تقنين خاص بالاستثمارات هو تشجيع الاستثمارات المباشرة الفعلية المحققة في جمهورية موريتانيا الإسلامية.وتشمل هذه الاستثمارات المساهمات العينية " *Les apports en nature* " أو في شكل رؤوس أموال مقدمة من قبل مستثمرين طبيعيين أو اعتباريين ، من دون تمييز للجنسية، مقر الإقامة أو حجم المؤسسة أو حجم الاستثمار.
ينضم القانون رقم 03 – 2002 كل القطاعات الاقتصادية ما عدا:

أ/ النشاطات القائمة على شراء أو استراد أشياء بقصد إعارة بيعها بنفس حالة الشراء داخل السوق المحلية L'importation pour la revente en état .

ب/ النشاطات المتصلة بالميدان المصرفي باستثناء التأجير التمويلي Le leasing

ج/ التأمين وإعادة التأمين، المناجم والمحروقات.

إذن يعد استثمارا مباشرا وفعلي – بحسب القانون الموريتاني كل المساهمات العينية سواء كانت صناعية – الآلات ومعدات – أو في شكل رؤوس أموال يتم استثمارها من قبل أشخاص طبيعيين أو اعتباريين بغض النظر عن جنسيتهم – مقر إقامتهم وحجم استثماراتهم.

يستبعد من هذا المفهوم ما تضمنته المادة 2 التي يبقي الاستثمار فيها من اختصاص الدولة أو تخضعه لتنظيم خاص.

لنا أن نلاحظ أن المشرع الموريتاني يعتبر الموارد المالية المحولة من قبل الرعايا الموريتانيين المقيمين بالخارج قصد الاستثمار في موريتانيا على أنها رؤوس أموال أجنبية ، كما أنه وفي مجال الاستثمارات المشتركة أي تلك التي يتشكل رأسمالها من مساهمات أجنبية ووطنية فإن القانون الموريتاني يعتبر أن الاستفادة من مقتضيات هذا القانون تتم بالنظر إلى نسبة المساهمة الأجنبية.

تكون الاستثمارات في شكل:

أ/ مساهمات مالية عينية أو في شكل رؤوس أموال قصد الحصول على حصص أو سندات لمؤسسات قائمة.

ب/ إعادة استثمار الأرباح التي كان من الممكن تحويلها إلى الخارج

ج/ شراء مؤسسات قائمة أو الحصول على حصص داخلها بتقديم أموال بالعملة الصعبة.

تنص المادة 4 من القانون 03 -2002 أن إجراءات التأميم ، الحجز – ***réquisition***- أو نزع الملكية لا يمكن إتخادها في مواجهة أي شخص طبيعي أو معنوي مقيم لاستثمار بحسب مقتضيات هذا القانون إلا بسبب المنفعة العامة ***utilité publique*** وعلى أساس غير تمييزي وباجرءات قانونية مع ضمان تقديم تعويضات سريعة كافية وفعلية.

إن نص المادة 4 من شأنه بعث الكثير من الشكوك بالنسبة للمستثمر الأجنبي ، ذلك أن صياغة النص جاءت عامة مما سيترك هامش كبير للإدارة قصد تحديد مدلول "المنفعة العامة" وكذا"تعويضات سريعة، كافية وفعلية".

يضمن القانون الموريتاني حرية تحويل رؤوس الأموال ، سواء تعلقت بالأرباح المحققة أو بسبب وقف النشاط أو بيع الحصص ، التعويضات الناشئة عن نزع الملكية، التأميم أو الحجز والتي تكون معفية من دفع الضرائب، إضافة إلى تحويل أجور المستخدمين الأجانب.

المادة 6 من جهتها تضمنت النص على مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمرين الأجانب والمساواة وعدم التمييز فيما بين المستثمرين الأجانب ، إلا في حالة وجود اتفاقية خاصة بين موريتانيا ودولة المستثمر.

أما في مجال فض المنازعات فان القانون الموريتاني يرتب خيارات عديدة:

- التحكيم والتسوية الودية بحسب ما يقره القانون الداخلي والمحاكم الموريتانية – المادة 7 –
- أما إذا تعلق النزاع بشخص طبيعي أو معنوي أجنبي – مما يعني أن المستثمرين الوطنيين المقيمين والاستثمارات المشتركة التي لا يكون فيها الشريك الأجنبي صاحب الأغلبية في رأس المال فان الاختصاص القضائي يعود بشأنها إلى المحاكم الوطنية - فيتم الاحتكام إلى:

§ الاتفاقيات والمعاهدات المتعلقة بحماية الاستثمارات المبرمة بين موريتانيا ودولة المستثمر.

§ اللجوء إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات (CIRDI).

§ اللجوء إلى محكمة تحكيم خاصة AD-HOC يتم تشكيلها حسب نظام التحكيم المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة الخاصة بالقانون التجاري الدولي (CNUDCI).

رابعا : القانون الكويتي - قانون رقم 8 لسنة 2001 الخاص بتنظيم الاستثمارات المباشرة لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت- .

تناولت المادة الأولى من القانون رقم 08-2001 تحديد أولي للمصطلحات، بحيث اعتبرت أن رأس المال الأجنبي المستثمر هو :

أ/ النقود والأوراق المالية والأوراق التجارية الأجنبية المحولة إلى الكويت مما يستبعد عن نطاق تطبيق هذا القانون الأموال المستثمر من قبل المواطنين الكويتيين المقيمين أو غير المقيمين[65].

ب/ الآلات والمعدات ووسائل النقل والمواد الأولية والمستلزمات السلعية المجلوبة من الخارج، هنا يبدو أن المشرع الكويتي قد وسع من دائرة المشمولين بمقتضيات القانون رقم 08 لسنة 2001 ليشمل المستثمرين الوطنيين المقيمين أو الغير مقيمين على اعتبار أنه لم يحدد جنسية جالبي تلك الآلات والمعدات مع اشتراط استيرادها من الخارج.

ج/ الحقوق المعنوية كبرآت الاختراع والعلامات التجاري والتراخيص والأسماء التجارية المسجلة والتصميمات الهندسية والتكنولوجية.

د/ الأرباح والمكاسب المحققة ، إذا ما استعملت في زيادة رؤوس الأموال الأجنبية المستثمرة سلفا أو تم توظيفها في إقامة مشروعات جديدة.

65- استثمارات الحافظة أو الاستثمارات غير المباشرة.

بشأن استثمار رأس المال الأجنبي تضيف المادة 2 أنه يعود لمجلس الوزراء مهمة تحديد الأنشطة والمشروعات الاقتصادية التي يجوز للمستثمر الأجنبي مزاولتها ، ويكون ذلك بصفقة مستقلة أو بمشاركة رأس المال الوطني في إطار يتلاءم والسياسة العامة للدولة وخطط التنمية الاقتصادية المعتمدة.

يشترط لمزاولة الرأس مال الأجنبي لاستثماره صدور ترخيص بقرار من وزير التجارة والصناعة ، بناءا على توصية لجنة الاستثمار وبعد موافقة الجهات المختصة – دون تحديدها – ويتم البث في طلب الترخيص خلال مدة أقصاها ثمانية أشهر.

يستثنى من هذه القاعدة رؤوس الأموال المستثمرة في مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة ، التي لا تكون إلا بنص قانون ولمدة محددة.

مما تقدم يتبين لنا اختلاف التشريعات العربية المدروسة و تباينها من حيث مستويات "التضييق و التوسيع" على التواجد الاستثماري الأجنبي ، بالنظر من جهة إلى التعاريف التي تقدمها لمدلول الاستثمار الأجنبي المعنى ومحاولة تحديد النشاطات الاستثمارية المسموح بها تحديدا يكاد يكون حصريا أو عن طريق تبيان القطاعات الاقتصادية المحظورة على المال الأجنبي. من جهة أخرى تستشف إرادة المشرع في محاولته توجيه الاستثمارات الأجنبية بما يتفق و الطموحات التنموية لدولة و ذلك عبر التركيز على الإعفاءات الضريبية و المزايا المالية بصفة عامة.

نلاحظ كذلك تماثل التشريعات المدروسة من حيث الهيكل العام لنص التشريعي على اعتبار اشتمالها على التعاريف ثم المزايا و أخيرا الضمانات و الاختصاص القضائي.

المبحث الثاني: القانون الدولي الاتفاقي وتنظيم الاستثمار الأجنبي:

تلجأ الدول لإبرام اتفاقيات الاستثمار بغرض تحديد التدفقات الاستثمارية وتنظيمها و تعظيمها وحمايتها، ويتم تحديد مجال هذه الاتفاقيات ومداها عن طريق وضع تعريفات دقيقة لبعض المصطلحات من مثل "الاستثمار" و "المستثمر" [66] ، تكمن أهمية هذه التعاريف في أنها تحدد الأصول الفقهية التي تنطبق عليها هذه الاتفاقيات وطبيعة الالتزامات المترتبة على نفاذها.

تعتبر إذن قضية تعريف المصطلحات مسألة أساسية في الاتفاقيات الدولية المنظمة للاستثمار إذ تثير عددا من القضايا الخلافية، فهي ليست مجرد معاني لكلمات بل هي بمثابة المحتوى الاسترشادي للاتفاقيات الذي تتحدد في ضوئه طرق تطبيق بنود الاتفاقية.

على صعيد الاستثمار لم يكن هناك تعريف محدد وموحد للاستثمار الأجنبي منذ أن تم تداول [67] هذا المصطلح ففي مطلع القرن التاسع عشر كانت التدفقات الرأسمالية العابرة للحدود تتمثل في القروض المقدمة للمستثمرين في دول أخرى ، وقد ساهم التطور الذي شهده قطاعي النقل و الاتصالات في بداية القرن العشرين في تسهيل إدارة المشاريع المملوكة للأجانب في الدول الأخرى مما ساهم في قيام الدول المضيفة للاستثمار باستحداث البنى القانونية والمؤسسات لتنظيم الاستثمار.

من جهة أخرى ذهبت الأدبيات المتخصصة إلى التمييز بين الاستثمار المباشر والاستثمار غير المباشر، فالأول يتيح **للمستثمر قدرا من السيطرة على الشركة** فيما يعود الثاني **على المستثمر بعائد مالي دون تمكينه من السيطرة على المشروع الذي يساهم فيه** ، وفي أواخر القرن العشرين ظهرت أنماط جديدة من الاستثمار الأجنبي وتزايد دور الشركات المتعددة الجنسيات وبرز دور قطاع الخدمات ،كقطاع رئيسي جاذب للاستثمارات الأجنبية وقد ترتب على هذه التطورات اهتمام ملحوظ بقضايا الملكية الفكرية والعلاقات التجارية وحمايتها مما زاد أعباء إضافية على فقهاء القانون الدولي ذي الصلة بالاستثمار الأجنبي.

ونظرا لحداثة مصطلح "الاستثمار" وتعدد مضامينه الفقهية ، فانه من الأهمية بمكان تحديد أنواع الأنشطة الاستثمارية التي يشملها التعريف والتي تنطبق عليها بنود الاتفاقية ، وعليه فان العبارات التي ترد في التعريف هي بنفس الأهمية التي تتمتع بها النصوص التطبيقية المتعلقة بالمحتوى الاسترشادي للاتفاقية ، ومن المؤكد أن التأثيرات الاقتصادية للتدفقات الاستثمارية تختلف حسب أنواع هده التدفقات. كما تختلف التزامات الدول المضيفة للاستثمار تجاه هده التدفقات باختلاف سياساتها الاقتصادية و التنموية ، استنادا على ذلك يمكن القول أن مدى تعريف مصطلح "الاستثمار" يعتمد على النصوص التطبيقية المواكبة للاتفاقية و الغرض منها.

66- اتفاقيات الاستثمار الدولية : التعريف و المدى وهي بمثابة خلاصة مركزة للكتاب الذي أصدرته أمانة مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية حول الموضوع. المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات من دون تاريخ.

67- إضافة إلى مصطلحات أخرى مثل : التملك أم السيطرة.الحدود الجغرافية لسريان الاتفاقية .الشركات العبر وطنية أو المتعددة الجنسيات . المعاملة الوطنية و معاملة الدولة الأولى بالرعاية .....

أما مصطلح "المستثمر" فان تعريفه يكتسي أهمية كبيرة اعتبارا من أنه سيحدد مجال اتفاقية الاستثمار وهنا يثار تساؤلان : أي أنواع الأشخاص أو الكيانات يدخل في عداد مصطلح "المستثمر" ؟ وما هي المعايير التي تحدد الشخص المشمول بهذا الوصف في الاتفاقية ؟

هناك نوعان من الكيانات يمكن تضمينهما في التعريف وهما الأشخاص الطبيعيين (الأفراد) والأشخاص الاعتبارية وفي بعض الأحيان تشير الاتفاقيات إلى مصطلح "المواطنين" عوضا عن الأشخاص الطبيعيين ومصطلح "الشركات" للإشارة إلى عدد من الكيانات.

بالنسبة لمستويات وضوح مدلول مصطلح "الأشخاص الطبيعيون" ، فان العوامل التي تحدد مدى تغطية أية اتفاقية للشخص الطبيعي هي تلك المتعلقة بالصلة بينه وبين الدولة الطرف في اتفاقية (الجنسية على سبيل المثال) ، في المقابل فان الكيانات الاعتبارية يمكن أن تشملها الاتفاقية (أو لا تشملها) وفقا لأوضاعها القانونية أو ملكيتها أو الهدف من إنشائها، ويحدد الشكل القانوني للكيان مدى إخضاع هذا الكيان القانوني وأهليته للتقاضي في الدولة المضيفة للاستثمار.

أما التساؤل الثاني : من هو المستثمر الذي تشمله نصوص الاتفاقية، أو بمعنى آخر تأسس علاقة الارتباط بين أطراف الاتفاقية والمستثمر؟

ولعل أهم عناصر الارتباط هي الجنسية التي تختلف معايير تحديدها من دولة إلى أخرى لا سيما فيما يتعلق بالكيانات الاعتبارية.

من خلال ما تناولناه في المبحث الأول ، فان تصنيف القوانين التي تناولت تعريف مصطلح الاستثمار إلى مجموعتين:

الأولى تتعلق بحركة رؤوس الأموال والمواد الأخرى عبر الحدود وهي تعرف المصطلح من منظوره الضيق الذي يعتبر مسألة سيطرة المستثمر على المؤسسة الاستثمارية عنصرا حاسما في التعريف ،

أما الفئة **الثانية** فهي تتعلق بالتشريعات المناط بها حماية الاستثمار الأجنبي وهي بهذه الصفة تعطي مصطلح الاستثمار تعريفا أوسع وأشمل ، يتضمن بالإضافة إلى رأس المال ومسألة السيطرة ، مختلف أنواع الأصول وحقوق الملكية والاستثمارات المحفظية و الحقوق التعاقدية ، يرد هذا التباين في المنظورين إلى سبب رئيسي هو أن المنظور الأول يتعامل مع الاستثمار قبل قيامه لمعالجة الأمور المتعلقة بالسيطرة أو إزالة العقبات التي تعترض طريقه ، أم المنظور الثاني فيهتم بالقضايا المتعلقة بتأمين و حماية مصالح المستثمرين أو بمعنى أكثر اتساعا تشجيع الاستثمارات الأجنبية عن طريق تأمين وحماية هذه المصالح.

تشير التطبيقات العلمية لاتفاقيات الاستثمار الدولية المتعلقة بتحديد قواعد الاستثمار وحماية الاستثمار الأجنبي ، إلى أن هذه الاتفاقيات تسعى دوما نحو التعريف الواسع للمصطلح ويشمل التعريف في الغالب كافة الأصول التي يملكها المستثمر الأجنبي في البلد المضيف للاستثمار، في المقابل قد تستثني بعض الاتفاقيات بعض

الأصول المملوكة للمستثمر كما هو الحال بالنسبة لاتفاقيات الاستثمار الثنائية المطبقة في الولايات المتحدة الأمريكية وتعكس اتفاقيات الاستثمار متعددة الجوانب نوعا ثالثا من الاتفاقيات التي تختلف في نصوصها عن الاتفاقيات الأخرى ، و هو ما سوف نحاول توضيحه عبر دراسة الاتفاقيات الدولية الثنائية و الاتفاقيات الدولية الشاملة.

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال الاستثمارات (*)

أولا : تطور مضمون الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال الاستثمارات

بعد "تبخر" إمكانية الاتفاق على مشروع إنشاء المنضمة العالمية للتجارة من خلال الانضمام إلى ميثاق هافانا -1950- ، الذي تضمن عدد من القواعد العامة و المتعددة المنظمة للاستثمارات [68] كان لزاما على الدول المضيفة والدول المصدرة للاستثمارات البحث في أشكال أخرى للاتفاق ، قصد تنظيم وحماية مصالحها الناشئة عن انتقال رؤوس الأموال والاستثمارات المترتبة عنها، لقد تبلورت هذه الاتفاقيات في شكل اتفاقيات ثنائية، اتفاقيات جهوية واتفاقيات متعددة الأطراف.

تحصي منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE) عدد الاتفاقيات الثنائية المنظمة للاستثمار إلى ما يربو 2200 اتفاقية وأكثر من 175 اتفاقية تجارية جهوية[69] ، وقد كان لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية السبق في وضع تأطير قانوني متعدد الأطراف خاص بتنقل رؤوس الأموال الأجنبية وحمايتها ، والتي تم الموافقة عليها في 12 أكتوبر 1967 [70].

إن الفراغ الدريع الذي شهده عالم الأعمال الدولية فيما بعد الحرب العالمية الثانية فيما يتصل بتنظيم وحماية الاستثمارات الدولية ، إضافة إلى حصول العديد من البلدان النامية على استقلالها أظهر الحاجة الماسة إلى ذلك التنظيم ، ثم إن سقوط الحواجز بين اقتصاديات البلدان الغربية وتوسع وثيرة عمل واستثمار الشركات المتعددة الجنسيات ، وانفتاح أسواق جديدة أمام التجارة الدولية وبروز أول مظاهر الصدام فيما بين الدول المضيفة للاستثمارات والشركات المتعددة الجنسيات جراء التأميمات ونزع الملكية. كل هذه المعطيات رتبت أولى بوادر الصراع بين البلدان المستقبلة للاستثمار والمستثمرين الأجانب ، وقد تبلورت على المستوى الفقهي بطرح قضايا تتعلق بالتعويض في حالة التأميم وإعادة التفاوض حول عقود الامتيازات وخاصة المتعلقة باستغلال المواد الأولية.

ومن جملة ما طرح في تلك الفترة كانت هناك مطالب بمنح الشركات المتعددة الجنسيات عبر العقود التي تبرمها مع الدول المستقبلة للاستثمار وضعا أو نظاما شبه دولي، إن البحث في ميدان العمل الدولي المنظم والمؤطر للاستثمارات الدولية من حيث المساهمة، الدور، الإجراءات، وخاصة الحماية يؤدي بنا حتما إلى تبيان تطور موقف الشركات المتعددة الجنسيات وردود الفعل الخاصة بها وبالدول الغربية حيال موقف الدولة المستقبلة لتلك الاستثمارات من حيث سعيها إلى نظام دولي اقتصادي دولي جديد مع ما رتبته هذه الرؤى لأكثر من أربعين عام من مواقف ونظريات فقهية.

* يعود تاريخ أول اتفاقية في هدا المجال إلى نهاية الخمسينيات حيث أبرمت اتفاقية بين ألمانيا و الباكستان عليوش قربوع كمال مرجع سابق ص 92

68 - المواد 11.15.16.18.24.34.40.و 44 د إبراهيم محمد الفار اتفاقيات- منظمة التجارة العالمية و مدى تأثيرها على اقتصاديات الدول العربية- دار النهضة العربية 1999.

69- Relation entre les accords internationaux sur l'investissement – document de travail sur l'investissement international – Publication OCDE No 01 Mai 2004.

70-د قادري عبد العزيز الاستثمارات الدولية التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات دار هومة 2004 ص 136 و 137

ولقد كانت غرفة التجارة الدولية أول من وضع تقنينا لتنظيم نشاط الشركات المتعددة الجنسيات سنة 1972 ، وكان ذلك التقنين في شكل توصيات فقط تخاطب كلا من الشركات المتعددة الجنسيات والدول المستقبلة للاستثمارات والدول المصدرة للاستثمارات ، وكانت تلك التوصيات تضع على عاتق الدول المصدرة مهمة ضمان المخاطر غير التجارية والامتناع عن مطالبتها بتحويل حد أدنى من الأرباح إلى تلك البلدان ، وعدم عرقلة تصدير الرساميل وتفادي الازدواج الضريبي [71].

أما الدول المستقبلة فعليها انتهاج سياسة تعاون مع تلك الشركات لا سياسة الرقابة ، وعدم إلزام تلك الشركات بإنشاء فروع مشتركة بينها وبين تلك الدول حتى يضل ذلك اختياريا وعدم فرض مشاركة الرأسمال المحلي وعدم عرقلة تحويل رؤوس الأموال والقروض والأرباح المحققة .[72]

أما الشركات المتعددة الجنسيات فعليها إعلام البلد المستقبل بمخططاتها و برامجها الاستثمارية حتى تتفق تلك المخططات و البرامج مع الأهداف التنموية لذلك البلد، وعليها كذلك اختيار بعض الشركات المحلية لتجعل منها شريكة لها عبر المساهمة في الفروع ، وعليها من جانب آخر التصريح بفوائدها وأن تخصص الأولوية في عمليات التمويل المحلي للصناعيين المحليين، وعليها أيضا إعادة استثمار الأرباح في البلد المستقبل بدل تحويلها إلى الخارج واستخدام اليد العاملة المحلية واختيار ممولين محليين.

ابتداءا من ثمانينات القرن الماضي اخذ البعد "الاستثمار الدولي" في البروز أكثر فأكثر من خلال المفاوضات الخاصة بالتجارة الدولية – مفاوضات الارغواي تحديد في إطار منظمة الجات- [73] ، ولقد أثير موضوع تدابير الاستثمار المرتبطة بالتجارة وذلك من منطلق الاعتقاد بأن هناك تدابير أو إجراءات استثمارية معينة تؤدي إلى أثار تقييدية لها تأثير معاكس على حرية التجارة الأمر الذي يتعارض مع مبادئ اتفاقية "الجات" ، حيث تلجأ بعض الدول المستقبلة للاستثمار وبخاصة الدول النامية لفرض تدابير معينة تمليها بعض الاعتبارات الاقتصادية الكلية الساعية إلى **تحقيق التوازن في الميزان التجاري وموازنة النقد الأجنبي** أو **تشجيع استخدام المنتجات الوطنية** ، حيث تأخذ هذه التدابير أحد الأشكال التالية:

- ربط واردات المشروع الاستثماري باشتراط كمية أو قيمة معينة من السلع يلتزم المستثمر بتصديرها من إنتاجه في الدولة المضيفة.

- ربط قدرة المشروع الاستثماري على استيراد مدخلات الإنتاج بتدفقات النقد الأجنبي العائدة للمشروع سواء من خلال التصدير أو خلافه.

- ربط واشتراط حصول المشروع الاستثماري على بعض المزايا الضريبية أو الجمركية بضرورة استخدام نسبة معينة من المكون المحلي مثلما هو الحال في صناعة السيارات ومعدات الآلات الحاسبة الالكترونية والصناعات السمعية البصرية وصناعة الأدوية وصناعة التبغ...الخ [74] .

71-تشكل الاتفاقيات المنظمة "لمنع الازدواج الضريبي " احد مصادر التاطير القانوني لما أصبح يعرف بالقانون الدولي الاتفاقي المنظم للاستثمارات د قادري عبد العزيز الاستثمارات الدولية ص .215

72- MERCIAI Patrizio, Les Entreprises Multinationales en Droit International Bruxelles BRUYLANT 1993 P 43.

73- اتفاقية تدابير الاستثمار المرتبطة بالتجارة د إبراهيم محمد الفار مرجع سابق ص 195 و مابعدها.

74- د إبراهيم محمد الفار مرجع سابق ص 199 و مابعدها.

ترتب عن هذه الوضعية المعقدة وجود "إطار قانوني دولي خاص بالاستثمارات وتنظيمها" في تشابك مستمر ، ذلك أنه كان لازما على الحكومات المواجهة المستمرة لالتزامات مختلفة ومتعددة وكان لازما عليها كذلك اتساق وتوازن مواقفها بحيث وجدت نفسها بين **"مطرقة"** النظم والقواعد العامة المنظمة للمعاهدات الدولية **و"سندان"** البنود الخاصة بجملة الاتفاقيات الثنائية والجهوية ، **إن تداخل التراتيب القانونية الناجمة عن مجمل هذه الالتزامات لم تكن في الغالب مفهومة ومدركة العواقب خاصة بالنسبة للدول المستقبلة للاستثمارات**[75] .

لكل اتفاقية – مهما كان حيزها الزماني والمكاني- بنيتها الخاصة، أهدافها وبتالي خصائصها المرجعية والقانونية ، بالنظر إذن إلى تعدد وكثرة القواعد المنظمة للاستثمارات الدولية أصبح من الصعب تقديم حوصلة موضوعية بشأن القانون الدولي المنضم للاستثمارات الدولية.

إن عدد كبير من الاتفاقيات المنضمة للاستثمار خاصة الثنائية منها ، تعمل على تكريس مفاهيم ذات المدلولات المتقاربة من مثل**"المعاملة الوطنية" معاملة الدولة الأكثر حماية "المعاملة العادلة والمتساوية" "الحماية الشاملة والمؤتمنة"** والتي تتسم في ذات الوقت باختلافات قانونية جد دقيقة ، مما يرتب تفسيرات متضاربة بشأن نفس الالتزام مع اختلاف الاتفاقيات الموقعة من طرف نفس الدول في أحيان كثيرة.

إن الهدف العام المناط بالاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار هو "ترقيتها وحمايتها" فيما بين دولتين تكون إحداهما مصدرة لتلك الاستثمارات وتكون الثانية مضيفة لها، إن غالبية هذا النوع من الاتفاقيات يتم بين دولة متقدمة ودولة في طريق النمو ، مع ملاحظة أن عدد كبير من الاتفاقيات الخاصة بترقية الاستثمارات وحمايتها تتم كذلك فيما بين الدول النامية أو بينها وبين ما أصبح ينعت بالدول ذات الاقتصاد الصاعد - البرازيل الصين ماليزيا وكوريا الجنوبية – مما يوحي بالأهمية المتزايد التي يعرفها هذا الشكل من الاتفاقيات الدولية والذي يعبر بدوره على اتساع وتنوع مجموعة المصالح والتبادلات الخاصة برؤوس الأموال عبر العالم.

تشكل إذن **الاتفاقيات في مجال ترقية وحماية الاستثمار** جملة معقدة من الالتزامات يتعهد من خلالها طرفي الاتفاقية على احترام بنودها وأحكامها ، في مواجهة استثمارات رعايا وشركات الدولتين وهي تدور من حيث المبدأ حول مفاهيم أساسية **هي المعاملة والحماية والضمان** [76] .

يوجد نموذجين للاتفاقيات الثنائية مستعملة حتى الآن عبر العالم : النموذج الأوروبي المنشأ اعتمادا على مشروع **ABS & SHAWCROSS** [77] والذي تبنته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية سنة **1962**، والنموذج الأمريكي المنجز خلال سنوات الثمانينيات ويشتمل النموذجين على المبادئ التالية: الانضمام **L'adhésion**المعاملة **Le traitement** التحويلات **Les transferts** نزع الملكية **l'expropriation** وفض المنازعات.

75-Relation entre les accords Relation entre les accords internationaux sur l'investissement – document de travail sur l'investissement international – Publication OCDE op. Cite page 2.

76- د.قادري عبد العزيز مرجع سابق ص 182

77- ABS et Shawscross « The Proposed Convention to Protect Foreign Investiment cite dans " la Norme du traitement juste et équitable dans le droit International des investissements » Document OCDE Septembre 2004 page 5 .

إن الاختلاف الأساسي بين النموذجين ، يكمن في أن النموذج الأوروبي يبقي نفاذ الاتفاقية في مواجهة المستثمر إلى حين بداية **تنفيذ المشرع ومرحلة الاستغلال** في حين أن النموذج الأمريكي ، يوسع من الحيز الزماني لنفاذ الاتفاقية ليشمل **ما قبل بداية تنفيذ المشروع** ، يمكن ملاحظة كذلك تميز النموذج الأوروبي من حيث تخصيصه لمكانة كبيرة لسيادة الدولة النامية، فلو نظرنا إلى النموذج الفرنسي مثلا لوجدناه ينص في مادته الثانية على أن "كل طرف متعاقد يقبل ويشجع في إطار **تشريعه وأحكامه** .....الاستثمارات التي يجريها مواطنو وشركات الطرف الآخر على إقليمه وفي منطقته البحرية " ، ومادام هذا النص لا يحدد صراحة وسائل تشجيع الاستثمار فهو يترك إذن تلك الوسائل للسلطة التقديرية للدولة الطرف، وما يؤكد هذا التوجه هو النص على أن القبول والتشجيع يتم "في إطار تشريعه" إي احترام القواعد الشكلية والموضوعية التي يحتويها القانون الداخلي.

النموذج الأمريكي من جهته يتميز باحتوائه على مبدأ "**المعاملة الوطنية** " ، ذلك أنه ينص في المادة الثانية المتعلقة بمعاملة الاستثمارات على أن "**يلتزم كل طرف متعاقد بالحفاظ في إقليمه على مناخ موات للاستثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر بشروط وإجراءات تضمن لها معاملة ليست أقل مواتاة من المعاملة التي يخصصها في ظروف مماثلة لرعاياه وشركاته أو مواطني وشركات دول أخرى إذا كانت تلك المعاملة أكثر ملائمة[78]".**

يبدو جليا من خلال ما تقدم ، إرادة وضعي النموذج الأمريكي على تكريس مبادئ القانون الدولي للاستثمارات والتقليل من شأن إرادة الأطراف المتعاقدة في تكريس تصورات قانونية تأخذ بعين الاعتبار التوجهات التنمية -التي لا يمكن أن تكون إلا تفضيلية – للدول المستقبلة للاستثمارات الدولية.

يمكننا الإشارة من جهة أخرى إلى أن النموذج الأمريكي يتضمن في الغالب مقتضيات وبنود تنص على مبدأ الإلزام بتحقيق نتيجة[79] في مواجهة المستثمرين أو في مواجهة استثماراتهم ، من الملاحظ كذلك أن النموذج الأمريكي يولي الكثير من الأهمية بشأن بعض المسائل ويخصها بالتفصيل والتدقيق المبتكر مثل مسألة دخول الأجانب وإقامتهم داخل الدولة المضيفة للاستثمار.

ينص من الجانب الآخر كلا من النموذج الأوروبي والنموذج الأمريكي - مع وجود إختلافات فنية متصلة بالصياغة وطريقة تحرير الاتفاقية - ، على نفس القواعد الخاصة بحماية الاستثمارات المقامة من مثل المعاملة الوطنية، معاملة الدولة الأكثر رعاية، حرية تنقل رؤوس الأموال وحمايتها، التعويض السريع والعادل والفعلي في حالة نزع الملكية، المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والضمان الشاملين.

يشير كلا من النموذج الأمريكي والنموذج الأوروبي الخاصين بالاتفاقيات الثنائية المنظمة للاستثمار إلى الميكنيزمات القانونية القضائية والتحكمية المخصصة لفض المنازعات فيما بين الدول الأطراف أو فيما بين المستثمر الأجنبي والدولة المتعاقدة.

78- د.قادري عبد العزيز مرجع سابق ص 185 و 186

79- « Le modèle des Etats unies règlemente l'imposition d'un certain nombre de prescriptions de résultats aux investisseurs ou à des investissement » Document OCDE - Relation entre les accords internationaux sur l'investissement- op cite page 4.

الاستثمارات المعنية في كل من النموذجين الأمريكي والأوروبي تشمل كل أنواع الأصول ***touts types d'actifs*** ، ذلك أن الاستثمار بحسب النموذج الأمريكي يشكل كل أنواع الاستثمار مباشر أو غير مباشر ، المقام على إقليم الدولة الطرف في الاتفاقية والذي يكون أصوله مملوكة أو مسيرة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من قبل رعايا أو شركات الدولة الطرف في الاتفاقية من مثل الحصص والأسهم المؤسسة لرؤوس الأموال ، سندات الدائنة "**titre de créance**"، عقود الخدمات والعقود المترتبة عنها، أما النموذج الألماني مثلا والذي يعد أحد أقدم النماذج الأوروبية فيحدد مدلول الاستثمارات المعنية ببنود الاتفاقية في كل أشكال وأنواع الأصول وبصفة خاصة :

- الأموال المنقولة والأموال العقارية وكل ما يترتب عنهما من حقوق عينية ورهون حيازية وحقوق الامتياز.
- أسهم الشركات وكل أنواع المصالح المرتبطة بالشركات.
- الديون السائلة المستعملة لانجاز قيمة اقتصادية les créance liquides au titre de fonds utilisés pour créer une valeur économique
- حقوق الملكية الفكرية، حقوق المؤلف، شهادات الملكية الصناعية، الرسوم والهياكل المعلن عنها لدى هيئات رسمية بقصد حمايتها، العلامات والماركات التجارية، الأسرار التجارية والمهنية، المواصفات والدرايات التقنية ، وأخيرا كل الأصول غير المادية من حقوق الامتياز الصناعية والتجارية المحمية بالقانون العام[80].

إن التدخلات الأكثر شيوعا فيما بين الاتفاقيات الثنائية المنظمة للاستثمار ، و غيرها من الاتفاقيات الدولية ، تخص بالأساس المبادئ المقررة فيهما بشأن معاملة **المستثمرين ومعاملة الاستثمارات** من مثل مبدأ المعاملة غير التفضيلية وغير التمييزية في شكل تقرير مبدأ الدولة الأكثر رعاية و/ أو المعاملة الوطنية، إضافة إلى الالتزامات المترتبة عن **حماية الأصول المستثمرة** أو بعبارة أخرى الضمانات المقدمة لحماية المستثمر ضد مخاطر نزع الملكية أو التأميم **وإجراءات فض المنازعات** فيما بين الدول الأطراف من جهة والدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر.

ثانيا : العناصر المكونة لاتفاقيات الاستثمار الثنائية نحاول من خلال هدا الفرع التطرق إلى جملة من العناصر المشكلة للهيكل العام لأي اتفاقية ثنائية منظمة للاستثمار وتنقل رؤوس الأموال ، وذلك على الشكل التالي:

أ: معاملة الاستثمارات:

عادة ما يتم النص في الاتفاقيات الدولية للاستثمار بشكل عام والاتفاقيات الثنائية بشكل خاص ، على التزام الدول الأطراف بضمان "**المعاملة العادلة والمنصفة**" لرعايا الدول الأخرى وممتلكاتهم ، إن هذا المبدأ ذو المدلول "المطلق" **à caractère absolu** والمتغير بحسب مجالات التطبيق (على خلاف مبادئ المعاملة الوطنية **traitement national** ومعاملة الدولة الأكثر رعاية **traitement de la nation la plus favorisé** اللتين توصفان بالنسبية وعدم الاطلاقية من حيث أنها يقران بمثلية التعامل)، حضي إذن هذا الالتزام القائم على تقرير معاملة عادلة ومنصفة لكل الاستثمارات والمستثمرين بتفسيرات متعددة سواء من قبل الدول الموقعة على الاتفاقيات الثنائية أو هيئات التحكيم المطبقة له وكذا الفقه الدولي، إن النقاشات المترتبة على تكريس هذا المبدأ تمحورت أساسا حول أصوله العائدة بحسب أغلبية الفقهاء إلى مبادئ القانون الدولي العرفي.

80- Relation entre les accords internationaux sur l'investissement- op cite page 4.

لقد لخص الأستاذ **كريسييان هايرلي** هذه المسألة الشائكة بشيء من الابتكار إذ أنه يعتبر أن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة تحيلنا إلى **"مبدأ النموذج الدولي الأدنى"** un standard international المقرر حسب القواعد القانون الدولي العرفي ، أما مبدأ **المعاملة الوطنية** فيحيلنا إلى مقتضيات القانون الداخلي للدولة المستقبلة للاستثمارات ، في حين مبدأ **شرط الدولة الأكثر رعاية** فانه يحيلنا إلى مقتضيات وبنود اتفاقية مبرمة أو سيتم إبرامها مع دولة أخرى أو مجموعة دول يمنح من خلالها المستثمرون شروط أكثر ملائمة من حيث التحفيز، الضمان والحماية.

أما عن مبدأ النموذج الأدنى بحسب مقتضيات القانون الدولي العرفي المنظم للتعاملات الواجبة في مواجهة الرعايا الأجانب و ممتلكاتهم فهو يحدد مجموعة من القواعد الإلزامية يكون على الدولة المستقبلة واجب احترامها حتى لو خالفت مضمون قوانينها الداخلية فهي قواعد قانونية من درجة أسمى من تلك المبادئ الناصة على تقرير المعاملة الوطنية في مواجهة الاجابب و ممتلكاتهم من حيث أنها تقرر نفس الحصر و الحماية الممنوحة لرعاياها الوطنيين إن عدم احترام مبدأ النموذج الأدنى و الذي يمثل الخلفية الفقهية لمبدأ المعاملة العادلة و المنصفة من شأنه إقامة المسائلة الدولية ، يذهب الأستاذ **روث** و الذي يعد من المناصرين الأوائل لهذا المبدأ [81] إلى أن المساواة بين مبدأ النموذج الأدنى و مبادئ قانون الأمم ، من جهته اعتبر الفقيه **برونلي** أن النظرية القانونية الدولية كرست مبدأ النموذج الأدنى الدولي معتبرا إياها مبادئ أخلاقية يستوجب الالتزام بها من قبل الدول المتحضرة في مواجهة قاعدة المعاملة الوطنية ، الأستاذ الفقيه **روسو** من جهة أخرى يلاحظ أن غالبية الفقه الدولي التقليدي يعتبر وجود حد أدنى دولي مضمون بشأن معاملة رعايا الدول و ممتلكاتهم يفرض على الدولة المضيفة تقرير حقوق و توفير وسائل الحماية لهم حتى لو لم توفرها لرعاياها الوطنيين، أخيرا يعتبر معهد القانون الدولي الأمريكي أن أصل قاعدة المعاملة العادلة و المنصفة يعود إلى فكرة العدل الدولية التي كرستها مبادئ القانون الدولي العرفي ، السوابق القضائية و التحكيمية الدولية إضافة إلى مبادئ العدالة المقررة في النظم القانونية السائدة في الدول المتحضرة.

لقد شهد الفقه نقاشات حادة بين أنصار و معارضي مبدأ النموذج الأدنى المكرس لفكرة المعاملة العادلة و المنصفة كما تسبب على مستوى العمل الدولي – منذ عصبة الأمم – في تأجيج الصدام بين الدول المتقدمة و الدول المستقلة حديثا ، هذه الأخيرة التي شككت في مصداقية هذا المبدأ و حجيته من مطلق رفضها لجملة القواعد العائدة للقانون الدولي العرفي و عملت – اعتمادا على أغلبيتها التعددية داخل الجمعية العامة للأمم المتحدة- على تقرير مبدأ المعاملة

81- A.H Roth est l'auteur du principal ouvrage sur la question (The Minimum standard of International Law – 1949) pour cet auteur, la norme international « n'est rien d'autre qu'un ensemble de règles inter liées dérivées d'une norme particulière du droit international général, selon laquelle le traitement des étrangers relève des droits des nations » page 127 repris sur Relation entre les accords internationaux sur l'investissement page 09.

الوطنية بشأن تحديد القواعد القانونية المطبقة في حالات نزع الملكية (ميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية ، المادة 22 الفصل الثاني).

إن المواجهة القائمة بين مناصري مبدأ الحد الأدنى المكرس لقاعدة المعاملة العادلة و المنصفة من جهة و أنصار تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية تلخص في الحقيقة تلك الصدامات الفقهية التي عرفها القانون الدولي المعاصر بين فقهاء دول العالم النامي [82] و فقهاء الدول المتقدمة ، هذا الصدام الذي نجد تفسيرا له في كل مظاهر الريبة و الخوف التي طبعت جملة العلاقات الاقتصادية الدولية فيما بعد الحرب العالمية الثانية.

لقد شكل مشروع الاتفاقية الثنائية لمنظمة التعاون و التنمية الاقتصادية O.C.D.E المشار إليه أعلاه نموذجا ألهم عددا من الدول في وضع اتفاقيات ثنائية منظمة للاستثمارات البينية خاصة تلك التي جمعت الدول النامية بالدول الغربية ، لقد أصبح النص على مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة أحد مميزات هذا النوع من الاتفاقيات و أصبحت تقر به غالبية الدول النامية [83] حتى تلك التي كانت أكثر الدول تحفظا اتجاه هذا المبدأ بتفضيلها مبدأ **الرقابة الوطنية عن طريق التشريع الداخلي** على مبدأ المعاملة الوطنية مثل دولة الصين الشعبية ، البيرو ، بلغاريا ، غانا و الإمارات العربية المتحدة بل أن مبدأ المعاملة المنصفة و العادلة أصبحت تأخذ به حتى الدول النامية فيما بينها و مثال ذلك الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين دول أمريكا اللاتينية هذه الدول التي كانت في سنوات السبعينيات تأخذ بنظرية الفقيه **كالفو** القائمة على **رفض نقل الاختصاص القضائي إلى المحاكم الدولية في حالة نشوب نزاع حول الأملاك التابعة لرعايا أجانب**[84].

هذا و يذهب الفقه الحديث إلى اعتبار مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة التزاما ذو طابع اتفاقي و لذا نفسر مضمونه – على الأقل جزئيا عن طريق الإتفاق نفسه – و على هذا الأساس فإن المحتوى الملموس للمبدأ يتغير بحسب نوع و طبيعة المعاملة المختارة – معاملة الوطني أومعاملة الدولة الأكثر رعايا.

يؤدي هذا التفسير إلى معالجة منقحة أي أن طبيعة المعاملة[84] التي يجب الرجوع إليها هي المعاملة التي اختارها الأطراف في الاتفاقية ، إن هذا التوجه يمكن الأطراف من تحديد مضمون و التفسير الإجرائي و العملي لمبدأ المعاملة العادلة و المنصفة.

ب- **تحويل الأموال إلى الخارج :** يعتبر الأستاذ **كريستيان هبرلي** أن من أكبر انشغالات المستثمر الذي يود تحويل أمواله و فوائدها و كذلك الأموال الناتجة عن تصفية مشروعه إضافة إلى أجور و مستحقات مستخدميه ، النظر في مضمون القوانين الداخلية المنظمة للاستثمار في الدولة المضيفة إضافة إلى توافر اتفاقيات ثنائية تضمن إمكانية التحويل بشروط اقتصادية و مالية معقولة.

82- Notamment les écrits de G.RAHA et M.SORNARAJAH et également P.Juillard et M. Bejaoui portant sur le nouveau ordre économique international.

83- ما عدا بعض دول أسيا التي لا تاخد به حتى الآن مثل الباكستان . المملكة العربية السعودية و سنغافورة Relation entre les accords internationaux sur l'investissement page 05.

84- Relation entre les accords internationaux sur l'investissement page 07.

تفرض الكثير من الدول النامية نوعا من الرقابة على الصرف الأجنبي و التحويلات النقدية في إقليمها لتحقيق عديد من الأغراض ، فهي قد تهدف من فرض الرقابة حماية ميزان مدفوعاتها و تحقيق الاستخدام الأمثل لكل الصرف الأجنبي المتاح ، كما يمكن أن تستخدم الرقابة على تحويل الصرف لتحقيق أهداف مالية مثل التحكم في مستويات التضخم أو لتحقيق أهداف اقتصادية مثل حماية و تدعيم الصناعة المحلية.

من ناحية أخرى لا تختلف نظرة المستثمرين الأجانب إلى المشكلة ، حيث يعتبرون وجود تسهيلات معقولة من اجل تحويل الأرباح والفوائد والتعويضات ، أمرا جوهريا لإختيار وجهة مستثمراتهم ولعل أهم الاتفاقيات الدولية التي هدفت إلى تشجيع استقرار الصرف بين الدول المصدرة والمستثمرة لرؤوس الأموال وتسيير ما تثيره من مشكلات " **اتفاقية صندوق النقد الدولي** " التي دخلت حيز التنفيذ اعتبارا من 27 ديسمبر 1945 [85]فقد هدفت إلى تشجيع استقرار الصرف والمساعدة على إنشاء نظام مدفوعات متعدد الأطراف يحكم المعاملات النقدية بين الدول الأعضاء في الصندوق، كما حرصت على أن يهتم الصندوق بالعمل على استبعاد قيود الصرف الأجنبي التي تعرقل التجارة الدولية، لقد أصبحت هذه الاتفاقية مرجعا لغالبية الاتفاقيات الثنائية المنظم لتدفق رؤوس الأموال البينية ، خاصة في مجال ضمان تحويل الأموال المستثمرة إلى البلد الأصلي.

وإذا كانت اتفاقية صندوق النقد الدولي عامة في شأن التجارة الدولية ، فإن ذلك لم يحل دون عقد اتفاقيات دولية تعنى برؤوس الأموال الأجنبية المستثمرة في خارج إقليمها (**اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية لسنة1967 المشار إليها) .** بحيث تكفل حماية هذه الأموال وتضمن كل أو بعض خسائرها الناشئة عن عدم السماح بتحويلها .

فالبنك الدولي يضمن كل أو بعض الخسائر الناجمة عن خطر القيود الحكومية التي ترد على القابلية للتحويل من عملة الدولة المضيفة إلى عملة أخرى مناسبة .

ويرى البعض أن هذا الضمان يشمل الخسارة الناتجة عن تقييد حرية المستثمرين في تحويل أصل رأس المال أو الدخل الناتج عن الاستثمار، بشرط تمتع هذا المستثمر بهذا الحق عند بداية الاستثمار[86].

إضافة إلى مسألتي **معاملة الاستثمارات وتحويل الأموال إلى الخارج** ، تتضمن مواد الاتفاقيات الدولية بنود ذات أهمية قصوى من حيث تحديدها لطبيعة الالتزامات المترتبة عنها ومدها وكدا أثرها على انسياب رؤوس الأموال الأجنبية ومدى فعالية هذه الأخيرة ضمن الإطار المؤسساتي المنظم للاستثمار داخل الدولة المستقبلة. أهم هذه البنود هي مسائل نزع الملكية وحل النزاعات إضافة إلى الإطار الزماني و المكاني لسريان الاتفاقية ، وهي مواضيع فضلت تناولها في الفصل الثاني من هذه الدراسة على اعتبار أنها تتصل بجوهر الحماية والضمان المحددين عبر الاتفاقيات الثنائية أو متعددة.

85- د. إبراهيم شحاته –الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية – دار النهضة العربية 1981 ص 75

86- د. إبراهيم شحاته –الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية مرجع سابق ص 81

ثالثا : الاتفاقيات الثنائية الموقعة من طرف الجزائر في مجال ترقية و حماية الاستثمارات

أما في الجزائر فقد سعت الدولة لسنوات طويلة إلى اللجوء إلى تأطير الاستثمارات المباشرة عن طريق توقيع الاتفاقيات الدولية الثنائية بالاحتكام الدائم للنصوص التأسيسية الوطنية[87] ، خوفا من أن تقيد سيادتها وتهدد مصالحها الاقتصادية، غير أن الأمر اختلف بصورة تكاد تكون جذرية إبتداءا من سنة 1990 بعد صدور النصوص التشريعية الأولى المكرسة للإصلاحات الاقتصادية وصدور دستور 1989 الذي أقر بصورة واضحة التخلي عن النهج الاشتراكي لتحقيق التنمية ليصبح بالتالي الوضع الإيديولوجي معد على المستوى الداخلي لإبرام اتفاقيات دولية ثنائية قائمة على مبادئ ونظريات سبق للجزائر أن انتقدتها في المحافل الدولية.

إلى غاية الفاتح من جانفي 2003 وحسب دراسة أعدها مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية الاقتصادية CNUCED[88]وقعت الجزائر 27 اتفاقية ثنائية[89] في الفترة الممتدة من 1991 إلى 2002 و12 اتفاقية خاصة بعدم الازدواج الضريبي، هذه الاتفاقيات وكما يلاحظ تقرير أل CNUCED يهدف في إطار التماثل[90] « réciprocité » إلى تشجيع وحماية الاستثمارات مع تجنب الازدواج الضريبي.

لنا أن نلاحظ كذلك وفي نفس الفترة بلغ عدد الاتفاقيات الثنائية الموقعة من قبل المغرب، 29 اتفاقية أما تونس فبلغ عددها 16 اتفاقية، مصر من جهتها وقعت 53 اتفاقية ثنائية.

تكون الجزائر بهذا قد دخلت مجال الاستثمارات الدولية عن طريق الاتفاقيات الدولية الثنائية في مجال الاستثمارات ، ويطرح السؤال حول معرفة ما إذا أخذت هذه الاتفاقيات بالمبادئ والقواعد التي كرسها القانون الدولي الإتفاقي.

لقد تناولت الاتفاقيات الثنائية الموقعة من طرف الجزائر مسالة **تعريف الاستثمار** و تم ذلك على سبيل المثال لا الحصر ، فالمادة 1 ف ب من الاتفاقية الجزائرية البلجيكية اللكسنمبورغية تعرف الاستثمار : " كلمة الاستثمارات **وتبين كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه وكل حصة مباشرة أو غير مباشرة نقدية كانت عينية أم خدمات مستثمرة أو أعيد استثمارها في أي قطاع نشاط اقتصادي مهما كان نوعه"** أما المادة 1 ف 1 من الإنفاقية الجزائرية الفرنسية[91] فتنص " عبارة استثمارات " **تشير إلى الأموال كالأملاك ، الحقوق باختلاف أنواعها إلى جانب كل عنصر من الأصول مهما كان نوعه والمرتبطة بنشاط الاقتصادي"** ، يمكن إذا حصر ما يدخل في مضمون الاستثمارات في ثلاث أصناف:

87- M.Bouhacene op.cit. page 111

88- CNUCED Base de donnée 1959-1999 –Word Investment report 2002-2003 – site web.

89- لا يوجد من بينها أي بلد مغاربي مع ملاحظة توقيع اتفاقيات ثنائية خلال تلك الفترة مع دول عربية هي مصر. اليمن. الإمارات العربية المتحدة و سلطنة عمان.

90-موقف الاستاد قدري عبد العزيز مرجع سابق من مسالة التماثل ص 191و 192

91 - مرسوم رئاسي رقم 94-01 مؤرخ في 02 يناير 1994 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية و احكومة الجمهورية الفرنسية بشان التشجيع و الحماية المتبادلتين فيما يخص الاستثمارات و تبادل الرسائل المتعلقة بهما الموقعة بالجزائر في 13 فبراير 1993.

- الأموال المادية: عقارات، منقولات.
- الأموال غير المادية: الملكية الذهنية والتجارية.
- الامتيازات لا سيما ما يتعلق بالتنقيب وإستغلال المواد الطبيعية بما في ذلك المتواجدة في البحر.

من جهة أخرى فقد تناولت كل الاتفاقيات الثنائية تعريفا للمستثمرين وذلك على النحو التالي :

أ- **الإتفاقية الجزائرية البلجيكية اللوكسمبورغية**[92] نصت في مادتها الأولى فقرة 1 أن كلمة مستثمرين تشير إلى :

- المواطنين ويعني كل شخص طبيعي يتمتع بجنسية إحدى الدول .
- الشركات ويعني كل شخص معنوي أسس طبقا للتشريعات الدول المتعاقدة وله مقره الاجتماعي على إقليم إحدى الدول.

ب- **الإتفاقية الجزائرية الإيطالية**[93] جاء في مادتها الأولى الفقرة 4 أن " عبارة المستثمرين " تشير إلى **المواطنين والأشخاص المعنويين لإحدى الدولتين المتعاقدتين الذين يقومون بالاستثمارات على إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى** "، تشير عبارة مواطنين إلى الأشخاص الطبيعيين المتمتعين بالجنسية الجزائرية والذي لهم صفة مواطن إيطالي على أن يكون **مركز مصالحهم الاقتصادية قائما على إقليمها** (المادة الأولى الفقرة2).

تشير عبارة **شخص معنوي** إلى كل مؤسسة وكل شركة أشخاص أو رؤوس أموال قائمة في إقليم إحدى الدولتين المتعاقدتين طبقا لتشريع هذه الأخيرة ولها في نفس الإقليم مقرها ، المركز الرئيسي لمصالحها الاقتصادية كما هو معرف من خلال تشريع وتنظيم كل من الدولتين المتعاقدتين (المادة الفقرة3).

ما يستنتج من نص هذه الاتفاقيات هو أن المستثمرين هم:

المواطنون: أي الأشخاص الطبيعيين التي لها علاقة قانونية " ولاء قانوني " بإحدى الدول المتعاقدة (الجنسية،المواطنة) غير أننا نلاحظ مع الأستاذ عليوش ، أن الاتفاقية الجزائرية الإيطالية قد أدخلت عنصرا لم يرد في الاتفاقيات الثنائية الأخرى و هي **مركز المصالح الاقتصادية الرئيسة**[94].

92- مرسوم رئاسي رقم 91-345 مؤرخ في 15 أكتوبر 1991يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي الموقعة بالجزائر بتاريخ 24. افريل 1991.

93- مرسوم رئاسي رقم 91-346 مؤرخ في 05 أكتوبر1991 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية و حكومة الجمهورية الايطالية حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 18 مايو 1991.

94- عليوش قربوع كمال مرجع سابق ص 98

إن عنصر مركز المصالح الاقتصادية الرئيسة قد جاء النص عليه في قانون النقد و العرض 90 – 10 و تم تحديده من طرف نظام بنك الجزائر رقم 90 – 03 مؤرخ في 08 سبتمبر 1990 المحدد لشروط تحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل النشاطات الاقتصادية و إعادة تحويلها إلى الخارج – الجريدة الرسمية عدد 45 ص 1439 - ، و تكون الاتفاقية بهذا قد أخذت وفق ما جاء في القانون الداخلي بجنسية رأس المال لا بجنسية المستثمر ، لقد أخذت الاتفاقية الجزائرية الإيطالية بجنسية المستثمر و جنسية رأس المال في نفس الوقت هذا يعني أنه إذا كان المستثمر إيطاليا ، و يمكننا تطبيق نفس الاستثناء على المستثمرين الجزائريين.

بالنسبة **للأشخاص المعنويين** أي الشركات فقد تم تحديد جنسيتها بالرجوع إلى المقر الاجتماعي ، و ذلك بالنسبة لأغلبية الاتفاقيات غير أن الاتفاقية الجزائرية الايطالية و زيادة على المقر الاجتماعي نصت على أن يكون المركز الرئيسي لمصالحها الاقتصادية في إقليم إحدى الدول المتعاقدة ، و هنا كذلك أخذت الاتفاقية بجنسية رأس المال.

أما الاتفاقية الجزائرية الفرنسية فبالإضافة إلى معيار المقر الاجتماعي فقد أضافت **معيار الرقابة** في تحديد مفهوم الشركات المعنية بالاتفاقية ، " **عبارة الشركات تشير إلى شخص معنوي مشكل على إقليم أحد الطرفين المتعاقدين طبقا لتشريع هذا الأخير، وله في نفس الإقليم مقره الاجتماعي أو أن يكون هذا الشخص المعنوي مراقبا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من طرف مواطن أحد الطرفين المتعاقدين والمشكلة طبقا لتشريع هذا الأخير"** . ولنا أن نتساءل حول مدلول وفحوى عبارة " مشكل على إقليم أحد الطرفين " هل يعني هذا اشتراط إنشاء الشركة في إقليم إحدى الدولتين ثم هل أن عبارة " إنشاء" تعني التأسيس القانوني لشركة – أي وجودها القانوني – ، أم أن الأمر يتوقف عند وجود مقرها الاجتماعي الرئيسي وتوافر الرقابة ؟

أما على صعيد معاملة الاستثمارات فقد تضمنت كل الاتفاقيات الثنائية التي وقعتها الجزائر النص على مبدأ - المعاملة المنصفة والعادلة – مع ملاحظة أن الاتفاق المبرم مع فرنسا أضاف في مادته الثالثة أن تطبيق هذا المبدأ يكون في إطار القانون الدولي [95] مع ملاحظة أن كل من المرسوم التشريعي 12/93 في مادته 38 وكذا الأمر 03/01 المعدل والمتمم تناولا مسألة المعاملة من منظور " **المعاملة وطنية"** و لم يشيرا إلى مبادئ القانون الدولي لتقرير مدى عدالة وإنصاف القواعد المطبقة على استثمارات رعايا الدول الأجنبية[96].

95- "يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين طبقا لقواعد القانون الدولي بضمان على إقليمه و منطقته البحرية معاملة عادلة و منصفة لاستثمارات مواطني و شركات الطرف الأخر بحيث أن ممارسة هدا الحق المعترف به لا يمكن أن يعرقل قانونيا أو فعليا عن طريق إجراءات غير مبررة أو تمييزية قد تؤثر على السير و الصيانة و الاستعمال و التمتع بهده الاستثمارات أو تصفيتها".

96- La formulation précise varie selon les traités d'investissement, certain définissent expressément la norme en fonction du droit international : c'est le cas des traités conclus par la France, les Etats-Unis et le Canada, d'autre ne mentionnent pas le droit international, c'est le cas des traités conclus par les Pays bas, la Suède, la Suisse et l'Allemagne. Par exemple le modèle de traité bilatéral d'investissement de l'Allemagne stipule que « chaque partie contractante accordera dans tous les cas un traitement juste et équitable à ces investissements », et celui de la Suisse que « les investissements et les revenus des investisseurs de chaque partie se verront accorder en tout temps un traitement juste et équitable » " la Norme du traitement juste et équitable dans le droit International des investissements » Document OCDE Septembre 2004 op cite page 02.

نصت كل الاتفاقيات على شرط الدولة الأكثر رعايا، غير أن الاتفاق المبرم مع الإتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي هو الوحيد الذي نص في المادة 3 الفقرة 3 على أن : " المعاملة والحماية المعرفتان في الفقرتين 1و2 لهذه المادة تكونان على **الأقل متساويتين بالنسبة لما يتمتع به مستثمرو دولة ثالثة أخرى ولا تكونان بأي حال من الأحوال أقل امتيازا مما هو معترف به من قبل القانون الدولي** "، نعلم أن شرط الدولة الأكثر رعايا هو أحد المبادئ المكرسة لقاعدة المعاملة المنصفة والعادلة وفق مقتضيات القانون الدولي ، غير أن كل الاتفاقيات التي وقعت عليها الجزائر نصت على أن شرط الدولة الأكثر رعايا[97] لا يمتد إلى الامتيازات التي يمنحها الطرف المتعاقد إلى مستثمر دولة ثالثة بموجب مشاركته أو مساهمته في منطقة تبادل حر، إتحاد جمركي، سوق مشتركة أو أي نوع من أنواع المنظمات الاقتصادية الجهوية [98] ، هل أن تقرير هذا الاستثناء يعني أنه بإمكان تصور استفادة مستثمر جزائري من المزايا والضمانات المقدمة في إطار الإتحاد الاقتصادي البلجيكي الوكسمبورغي ؟ وبالعكس هل يمكن تصور استفادة أحد رعايا أو الشركات المقامة على إقليم هذا الإتحاد من مقتضيات اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي الموقعة بالجزائر بتاريخ 13 يوليو1990 ؟

أما بشأن موضوع تحويل الأموال إلى الخارج فقد نص الإتفاق المبرم مع الجمهورية الفرنسية مثلا على انه "يمنح كل طرف متعاقد تمت على إقليمه أو منطقته البحرية الاستثمارات من طرف مواطن أو شركات المتعاقد الآخر لهؤلاء المتعاقدين حرية تحويل مايلي:

أ – الفوائد والأرباح غير الموزعة والأرباح الصافية من الضرائب والمداخيل الجارية الأخرى.

ب- العوائد الناجمة عن الحقوق المعنوية المشار إليها في الفقرة الأولى والنقطتين (د) و(ه) من المادة الأولى.

ج- المدفوعات التي تمت بغرض تسديد القروض المبرمة بصيغة نظامية.

د- حصيلة التنازل أو التصفية الكلية أو الجزئية للاستثمار، بما في ذلك فوائض القيمة لرأس المال المستثمر.

ه- التعويضات المترتبة عن نزع أو فقدان الملكية المشار إليها في المادة 5.

تلخص هذه المادة ما تضمنته غالبية الاتفاقيات الثنائية التي وقعتها الجزائر بشأن موضوع تحويل الأموال إلى الخارج، إضافة إلى ما تضمنته المادة 5 فقرة 2 من الاتفاق المبرم مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسمبورغي و التي تنص : "يسمح أيضا لمواطني الأطراف المتعاقدة المسموح لهم العمل في إطار استثمار معتمد على إقليم الطرف الآخر التحويل لبلدهم الأصلي قسط مناسب من مرتباقم".

لم تحدد الاتفاقيات المبرمة مع فرنسا الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي و المملكة الاسبانية العملة التي يتم بها التحويل ، بينما نصت الاتفاقية المبرمة مع إيطاليا أن التحويل يكون بالعملة التي يتم بها الاستثمار (المادة4) ، و بمعدل الصرف الرسمي أو وفق معدل الصرف المطبق بتاريخ التحويلات للدولة التي تم على إقليمها الاستثمار، في حالة غياب النص على العملة التي يجري بها التحويل فإن ذلك يتم باتفاقية بين الدولة المتعاقدة و المستثمر الأجنبي .

97- المادة 4 في الاتفاق الجزائري الفرنسي و المادة 8 من الاتفاق الجزائري الايطالي و المادة 10 في الاتفاق الجزائري الروماني و المادة 4 في الاتفاق الجزائري الاسباني.

98- عليوش قربوع كمال مرجع سابق ص 108

أما عن آجال التحويل فقد تضمنت كل الاتفاقيات عبارة أن يتم التحويل **بدون تأخير** أو حددت آجال قصوى لتحويل تراوحت بين ستة أشهر بالنسبة للاتفاق المبرم مع إيطاليا (المادة 4 ف 3) بشهرين بالنسبة للاتفاق المبرم مع رومانيا – المادة 5 ف 4 و بثلاثة أشهر بالنسبة للاتفاق المبرم مع المملكة الاسبانية – المادة 7 ف2، و يبدأ احتساب المدة من تاريخ إيداع طلب التحويل الذي يكون مطابقا.

بالنسبة للاتفاقيات التي لم تتضمن النص على آجال التحويل يتم الرجوع إلى المادة 12 ف 2 من المرسوم التشريعي 93 – 12 و التي تحددها بـــ 60 يوما غير أن المادة 31 من الأمر 01 -03 المعدل و المتمم فلم يحدد أية مدة.

المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية الشاملة:

يمكن اعتبار تطور موقف الأمم المتحدة بشأن تأطير تدفق رؤوس الأموال الأجنبية في البلاد النامية بشكل عام والاستثمار الدولي بشكل خاص ، انعكاسا مباشرا للتطور الذي شهدته النظريات الاقتصادية المتناولة لموضوعات التمنية و التخلف [99] من حيث الأسباب و وسائل المعالجة ، كما يمكننا تتبع هذا الموقف من خلال دراسة التطور الذي عرفته العلاقات الدولية (شمال – جنوب) من حيث بحث دول العالم النامي لوضع تأطير أممي شامل لموضوع الاستثمارات الدولية ،موازي لمساعي الدول المصدرة لرؤوس الأموال التي عملت على الإبقاء على **مفاهيم القانون الدولي العرفي** المستخلصة من الاتفاقيات الدولية الثنائية و التحكيم الدولي.

خلال الفترة السابقة على السبعينيات اهتمت منظمات الأمم المتحدة بالبحث في السبل الكفيلة بدعم تدفق رؤوس الأموال الأجنبية في اقتصاديات البلاد النامية، قصد تطويرها وشكلت نظرية التنمية القائمة على ضخ رؤوس الأموال الأجنبية المرجعية الأولى في هذا الاتجاه " **إن تسريع التنمية الاقتصادية (....) تتطلب إضافة إلى تعبئة أكثر فعلية ومستمرة للادخار المحلي دعم أكثر أهمية واستقرار للاستثمار الخارجي** " اللائحة الاممية رقم 294.

تشكل إذن الاستثمارات الأجنبية بحسب الأمم المتحدة خلال الستينيات – العشرية الأولى للتنمية – عاملا مهيمنا لضمان تنوع الإنتاج وتطويرا للقطاعات المنتجة في اقتصاديات الدول النامية. في هذا الاتجاه قامت مختلف منظمات الأمم المتحدة بتقديم دراسات متعددة قصد التمكن من فهم واستشراف توجهات رؤوس الأموال عبر العالم ، وفي هذا الصدد عملت على تمكين الدول النامية من مختلف الوسائل والمكنز مات الكفيلة بتطوير انتقال رؤوس الأموال إليها.[100]

اعتبرت أعمال المجلس الاقتصادي والاجتماعي مثلا أن الازدواج الضريبي يمثل كابح مباشر لتطوير تدفق رؤوس الأموال الأجنبية، لدى فإن المجلس ينصح بإبرام اتفاقيات منظمة لموضوع الجباية قائمة على " الفرض الأحادي "، والذي يكون لمصلحة الدول المصدرة للاستثمار - اللائحة رقم 416 واللائحة رقم 825-.

99-- M.Bouhacene op.cit. Page 67

100-Le rapport PEARSON « Partners in development » Report of International development –Etude sur les capacités du système des nations unies pour le développement 1969- repris par - M.Bouhacene op.cit. Page 111 .

الدول المصدرة من جهتها وجدت في هذا الموقف المناسبة المثلى لتصريف فائض إنتاجها القومي وسوقا جديدة لآلتها الصناعية.

خلال السبعينيات أخد موقف الأمم المتحدة تجاه مبدأ تدفق رؤوس الأموال والاستثمار الدولي في التغيير ويمكننا إرجاع هذا التطور في موقف هيئة الأمم المتحدة إلى ما يأتي :

1- توسع أكثر – من حيث ازدياد عدد الدول المستقلة حديثا والتي دخلت إلى منظومة الأمم المتحدة – و أحسن لموقف الدول النامية داخل مختلف هيئات الأمم المتحدة بشأن موضوعات التنمية وأسباب التخلف، السيادة على الثروات الطبيعية ومطالبتها بتصور جديد لنظم سير الاقتصادي الدولي.
2- الخلاصات التي توصلت اليها أعمال ودراسات مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية حول أثر الاستثمار المباشر في تحقيق التنمية الاقتصادية.
3- الأهمية المتزايدة لدور الشركات المتعددة الجنسيات في إنشاء وسير ومراقبة العلاقات الاقتصادية الدولية خاصة ما تعلق منها بالاستثمار الدولي وما ترتبه من تهديد لاستقلال القرار الاقتصادي بالنسبة للدول النامية.
4- بروز عامل " التكنولوجية " والمطالبة بانتقالها وحق الدول النامية في التمكن من استعمالها ضمن سياستها التنموية.
5- توجه عام لسياسات الدول النامية إلى تحجيم دور الاستثمار الدولي في مجال استغلال الثروات الطبيعية والبحث عن تفعيل دور الكيانات الاقتصادية الوطنية عبر التأميم.

اعتمادا على هذه المعطيات بدأت تظهر " قواسم " جديدة في أدبيات الأمم المتحدة والهيئات التابعة لها، من مثل **- على الاستثمار الأجنبي ضمان شروط أكثر ملائمة للطرفين-** و**- على الاستثمار الأجنبي الاندماج ضمن الأولويات الاقتصادية للبلد المضيف وبشكل خاص عليه احترام سيادة هذه الدول-** [101]

يمكن إضافة عامل أساسي آخر ساهم في تطوير موقف الأمم المتحدة ، **و هو كون الاستثمار الدولي خلال هذه الفترة اتجه إلى استغلال المواد الأولية و الطبيعية في البلاد النامية ، هذه الاستثمارات التي كانت في أحيان كثيرة استمرارا للاستغلال الاستعماري السابق على الاستقلال السياسي للدول المضيفة ، بالموازاة شكلت هذه المواد في غالبية الأحيان المورد الأساسي بالنسبة للدول النامية لوضع سياسات اقتصادية وطنية.**

101- « ….Lorsque ces investissements sont faits à des conditions à la fois satisfaisantes pour les pays exportateurs et pour les pays importateurs de capitaux (….) en tenant compte des lois et des dispositions pertinentes en vigueur dans chaque pays et de la nécessité de respecter la souveraineté des pays ou s'investissent ces capitaux » Résolution No 2087. M.Bouhacene op.cit. Page70.

شكلت كل هذه العوامل مجتمعة أولى بوادر الصدام – شمال جنوب – داخل هيئات الأمم المتحدة و كان مبدأ السيادة الوطنية على الثروات و الموارد الطبيعية و النشاطات الاقتصادية المرتبطة بها ، أبرزها على الإطلاق نتج عنها في الأخير **ميثاق الأمم المتحدة لحقوق و واجبات الدول الاقتصادية** المصادق عليه في 12 ديسمبر 1974.

تمثل الخلاف إذن على المستوى الفقهي بين **أنصار و مساندي التأطير الدولي المتعدد الأطراف للاستثمارات الدولية،** هذا الأخير الذي من شأنه التعبير عن الأغلبية القصوى للدول داخل نظام الأمم المتحدة من جهة و **أنصار الإبقاء على مدلولات و معايير القانون الدولي العرفي في مجال الاستثمار الدولي.**

أولا : محاولات التنظيم في إطار منظومة الأمم المتحدة

1 - في مجال الشركات المتعددة الجنسيات

لقد تناولت منظومة الأمم المتحدة موضوع الاستثمارات الدولية من خلال محاولات التأطير **لظاهرة الشركات المتعددة الجنسيات،** ككيانات دولية اقتصادية ممثلة لدور الرأسمال الدولي الخاص في تطوير الاستثمار الأجنبي في الدول النامية ، و لقد كان لمطالبات البلدان النامية الأثر و السبق في دفع منظمة الأمم المتحدة للاهتمام بهذا الدور المتميز قصد وضع توجيهات تحكم نشاطات هذه الشركات.

لقد ترتب عن أعمال اللجنة المتخصصة المشأة من قبل المجلس الاقتصادي و الاجتماعي ، مشروع تقنين في شكل **مدونة للسلوك** تضمن إضافة إلى التعاريف و مجال التطبيق ، قواعد تخاطب الشركات المتعددة الجنسيات و أخرى تحدد كيفيات معاملة تلك الشركات من طرف حكومات البلاد النامية ، ثم آليات للتطبيق مشكلة من نظام مؤسسي و أحكام حول التعاون.

فيما يتصل بالأحكام التي تخاطب الشركات المتعددة الجنسيات ، فهي عبارة عن جملة من المبادئ العامة منها إخضاع فروع الشركة إلى قانون الدولة المستقبلة للاستثمار، و احترام الأولويات الاقتصادية لتلك الدول و احترام القيم الاجتماعية و الثقافية و كذلك احترام حقوق الإنسان و عدم التدخل السياسي و الامتناع عن تقديم الرشوة ، و أخيرا مبدأ إعادة التفاوض حول العقود . من جهة أخرى تضمن مشروع التقنين موضوعات التأميم و التعويض و حالات تنازع الاختصاص و اختيار القانون القابل للتطبيق و حل المنازعات ، و لقد ظلت المسائل المفتوحة للنقاش غير منصبة على تصرف الشركات المتعددة الجنسيات ، بل على معاملتها من طرف السلطات العمومية للدولة المستقبلة و هي مسائل تتعلق عموما بقضايا تقليدية في قانون الاستثمارات الدولية ، و منها **معاملة الشركة من طرف الدولة المستقبلة وكيفيات ترحيل الأرباح المحققة ، و حق الدولة المستقبلة في نزع الملكية و قواعد التعويض**[102] **و إمكانية إبعاد النزاع عن الاختصاص الحصري للدولة المضيفة** ، هذا و تعلقت أبرز الخلافات بموضوع إدراج مبادئ القانون الدولي العرفي في مشروع التقنين ، ذلك أن المشروع ينص **"في كل مسألة متعلقة بالتقنين يكون على الدولة أن تنفذ التزاماتها بحسن نية بما في ذلك القواعد و المبادئ القانونية الدولية**

102- د.قادري عبد العزيز مرجع سابق ص 151

المعترف بها و المقبولة عموما [103]. و قد استمر الخلاف بشأن هذه الصياغة التي رفضتها الدول المصدرة على اعتبار أنها تبعد القانون الدولي العرفي بمفهومه الغربي ، إلى أن وضعت صياغة أخرى سنة 1990 كرست وجهة النظر الغربية و جاءت الصياغة كما يلي : "**إن على الدول في كل المسائل المتعلقة بالتقنين أن تنفذ بحسن نية الالتزامات التي تتحملها بموجب القانون الدولي**".

أما عن الطبيعة القانونية للمدونة ، فلقد كان فريق الشخصيات[104] الذي شكله المجلس الاقتصادي و الاجتماعي يرى تقديم المدونة كمجموعة توصيات أو كمعاهدة دولية تكون قواعدها القانونية غير ملزمة للأطراف.

2- في مجال نقل التكنولوجيا

أما فيما يتصل بموضوع نقل التكنولوجيا بما لها من علاقة بمسألة تأطير الاستثمار الدولي ، فتجدر الإشارة إلى أن البلاد النامية هي التي عملت على تقديم مقترحات للتقنين ضمن أعمال مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية CNUCED و كان ذلك خلال دورة سانتياغو لسنة 1972 ، و قد تضمن هذا المشروع 9 فصول اشتملت على : 1- التعاريف و مجال التطبيق . 2- الأهداف و المبادئ . 3- التنظيمات الوطنية . 4- الممارسات التقييدية 5- مسؤولية و التزامات ناقل التكنولوجيا . 6- المعاملة الخاصة بالبلدان النامية . 7- التعاون الدولي . 8- القانون القابل للتطبيق . 9- النزاعات. و قد تمحور الخلاف بين البلدان النامية و الدول المصنعة حول القانون الواجب التطبيق على العقود المتضمن التزام بنقل التكنولوجيا ، و بنود التحكيم و الرقابة على لممارسات التقييدية أي البنود التعاقدية التي تقلص من حرية تصرف متلقي التكنولوجيا ، و يتعلق الأمر تحديدا بمعرفة ما إذا كانت المراقبة تنصب على كل الممارسات التي **تضر بتنمية البلاد المستقبلة** أو على **الممارسات التي تقيد مبدأ المنافسة.**

لقد تبلورت الخلافات بين مجموعة 77 الممثلة من قبل **المجموعة ب** و **المجموعة د** الممثلة للدول المصنعة، حول ميدان تطبيق التقنين الخاص بنقل التكنولوجيا حتى بالنسبة لفروع الشركات المتعددة الجنسيات المتواجدة في إقليم الدول النامية و تضمن النص المقترح من قبلها " *Le code s'applique aux transactions portant sur un transfert international de technologie conclues entres des parties qui ne résident pas ou ne sont pas établies dans le même pays, et il s'applique aussi aux transactions portant sur un transfert de technologie entre des parties qui résident ou sont établies dans le même pays si au moins une des parties et une succursale ou une filiale d'une firme étrangère, ou d'une entreprise qui lui est affilée, ou est de toute autre manière, dirigée par cette firme, ou quant elle intervient comme intermédiaire dans le transfert de technologie dont le propriétaire est étranger"*[105]

103- Section 49 du projet issu des négociations plénières Dr KADRI OP CIT page 153

104- و هو فريق العمل المشكل من شخصيات علمية مرموقة تم تعيينهم بموجب اللائحة رقم 1721.

105- Point D du chapitre 2 page 4 repris par M. BOUHACENE OP CITE PAGE 201.

بالنسبة للمجموعة ب فإن نطاق التطبيق لا يمكنه تجاوز مفهوم النقل الدولي للتكنولوجيا ، معتبرة أن الشركة المحلية التابعة للشركة الأم تعد مستقلة من الناحية القانونية ، و بالتالي فإن الالتزامات المترتبة عن التشريع الوطني المنظم لنقل التكنولوجيا لا يمكن أن يطبق إلا محليا ، من جهة أخرى فقد تعلق الخلاف بين المجموعتين بشأن استبعاد كل الممارسات التجارية التقييدية التي من شأنها حرمان البلاد النامية من تحصيل المعرفة العلمية و التقنية ، و هو المبدأ الذي أقرته التشريعات المحلية المتناولة لموضوع نقل التكنولوجيا ، شكل من جهة أخرى موضوع الطبيعة القانونية للتقنية و القانون الواجب التطبيق و حل المنازعات خلافات حادة بين المجموعتين[106].

3- في المجال التجاري الدولي المرتبط بالاستثمار

من جانب آخر كان لمنظمة التجارة الدولية أن تتناول بمناسبة دوراتها المختلفة – المرتبطة بالاتفاقية العامة للتعريفة الجمركية أو اللاحقة على تأسيسها – مسألة الاستثمار الدولي ، بما لها من علاقة و ارتباط بتنظيم التجارة الدولية ، و يرجع الفقه السبب في ذلك الارتباط إلى كون رؤوس الأموال تخضع للتداول و المبادلة استيرادا و تصديرا معتبرين أن رأس المال سلعة قابلة للتداول و من ثمة نجد أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتحرير التجارة من مثل الاتحادات الجمركية و مناطق التبادل الحر ، تحتوي على أحكام تركز على حرية تنقل الرساميل بين الدول الأعضاء[107].

أما السبب الثاني فيعود للتطور الذي عرفته توجهات الاستثمار الأجنبي و خاصة تلك التي تجريها الشركات المتعددة الجنسيات ، و هي التوجهات التي تنبني على **مبدأ الانتاج بغرض التصدير** و ليس فقط تلبية السوق المحلية ، و هو التوجه الذي تبنته كذلك بعض الدول المستقبلة للاستثمار من خلال تشريعاتها الوطنية التي تربط مستويات التمتع بالمزايا بمعدل التصدير الذي تحققه الشركات الأجنبية ، تونس خير مثال على ذلك .

تقوم إذن نظرة منظمة التجارة الدولية للاستثمار الأجنبي ، بما لهذا الأخير من علاقة بتنظيم و سير و حماية التبادلات التجارية عبر العالم ، و تكون قد تناولت بالتالي موضوع الاستثمارات بصورة جزئية بما لهذه الأخيرة من نقاط ارتباط بمبادئ التجارة و التبادل الدوليين ، و يتعلق الأمر تحديدا بالإجراءات الخاصة بالاستثمارات الدولية التي تعيق حرية التبادل أو العكس أي الإجراءات المرتبطة بالتبادل التجاري التي من شأنها التضييق على الاستثمار الدولي .

تعتبر **الاتفاقية العامة المنظمة لتجارة الخدمات** " ***L'accord général sur le commerce des services*** » **والاتفاقية الخاصة بالإجراءات المرتبطة بالاستثمارات المتصلة بالتجارة** ***" L'accord sur les mesures concernant les investissements liées au commerce"*** **الاتفاقية حول بعض مظاهر حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة** ***" L'accord sur les aspects des droits de propriétés intellectuelles qui touchent au commerce"*** القاعدة الأساسية التي رتبت للالتزامات الموضوعية المرتبطة بموضوع الاستثمار الدولي داخل منظمة التجارة الدولية.

106- M.BOUHACENE op cit pages 204 et 205 avec l'indication propre au rôle particulier de l'Algérie au sein du groupe des 77 pour ce qui est notamment de ses propositions relatives au Droit applicable.

107- د.قادري عبد العزيز مرجع سابق ص160.

فعلى سبيل المثال فإن **الاتفاقية العامة المنظمة لتجارة الخدمات** تنص على بنود لها ارتباط بمبادئ الاستثمار الدولي ، من مثل مبدأ التبادل الحر اعتمادا على التواجد التجاري لدى الدولة المضيفة و إقامة المستخدمين و تنقلاتهم و تعتمد في ذلك على مبدأ معاملة الدولة الأكثر رعاية ، من حيث التزام الأطراف على تقديم لممارسي تجارة الخدمات على أراضيها معاملة ليست أقل رعاية من تلك المقدمة لممارسي نفس التجارة التابعين لدولة أو دول أخرى.

إضافة إلى مبدأ حظر القيود الكمية المنصوص عليها في المادة XI/1 من الاتفاقية العامة للتعريفة الجمركية و التجارة التي تنص " دون المساس بالحقوق و الالتزامات الأخرى في الاتفاقية العامة للتعريفة الجمركية و التجارة لسنة 1994 ، لا يجوز لأي عضو أن يطبق أي إجراء استثمار متصل بالتجارة لا يتفق مع المادة 3 و المادة 11 من الاتفاقية العامة[108].

و تدخل ضمن إجراءات التقييد ما قد تفرضه التشريعات الوطنية على المستثمرين الأجانب من شراء أو استعمال للمنتوجات المحلية ، أو تلك الإجراءات التي تفرض الربط بين الحصول على أو استعمال مواد مستوردة بحجم معين أو قيمة المواد المصدرة.

هذا و يمكن القول إن **اتفاقية تدابير الاستثمار المرتبطة بالتجارة** في إطار اتفاقية الجات التي تم التفاوض بشأنها خلال دورة أورغواي بإيعاز و إصرار من الولايات المتحدة الأمريكية و اليابان ، أكثر اتفاقيات منظمة التجارة الدولية تناولا لموضوع الاستثمارات الدولية و ذلك من منطلق الاعتقاد – كما رأينا – أن وضع تدابير أو إجراءات استثمارية على مستوى التشريع الوطني أو في شكل اتفاقية دولية معينة ، تؤدي إلى آثار تقييدية لها تأثير غير مباشر على حرية التبادل التجاري" ***Trade restrictive and distorting effect*** " الأمر الذي يتعارض مع مبادئ اتفاقية الجات.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن اتفاق تدابير الاستثمار المرتبطة بالتجارة بحسب البعض ، لم ينشئ التزامات على الدول الأعضاء في المنظمة تقيد أو تحد من سلطتها في مجال تنظيم أوضاع الاستثمار الأجنبي على أراضيها، ولكن هذا الاتفاق يحظر فقط على الدول الأعضاء قيامها بوضع إجراءات أو تدابير استثمارية تتعارض مع مبادئ وأحكام " الجات"،[109]**ونحن لا نشاطر هذا الرأي على أنه يتضمن عناصر متناقضة يحاول من خلالها تبرير موقف غير مستصاغ منطقيا ، ذلك أن تحديد مجالات التدخل الوطني بشأن تنظيم الاستثمارات حتى لو تعلق الأمر بالجانب التجاري فقط ، هو شكل من أشكال التقييد لسلطة الدول في مجال تنظيم أوضاع الاستثمار ، ثم إن العمل الدولي في مجال الاستثمارات يتجه إلى اعتماد منظمة التجارة العالمية كإطار مؤسسي وكهيكل توافقي بين مصالح الدول المختلفة لوضع إتفاق متعدد الأطراف خاص بالاستثمارات الدولية.**

108- د.قادري عبد العزيز مرجع سابق ص162.

109- د إبراهيم محمد الفار اتفاقيات- منظمة التجارة العالمية و مدى تأثيرها على اقتصاديات الدول العربية- مرجع سابق ص 200.

ثانيا: محاولات التنظيم على المستوى الجهوي

سنحاول مناقشة بعض الأعمال الجهوية المتعلقة بموضوع الاستثمارات الدولية وذلك من زاوية النظر الخاصة بالدول المصدرة لرؤوس الأموال ، وسوف نهتم في هدا الشأن بأعمال منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ، ثم ننتقل إلى دراسة اتفاقية التبادل الحر فيما بين الدول الأمريكية باعتبارها مستوردة للرساميل، في الأخير سنعرج على مضمون الاتفاقية المغاربية لتشجيع وضمان الاستثمارات الموقعة بالجزائر في 23 جويلية 1990.

1 - التنظيم الأوروبي للاستثمارات الدولية

يشكل كل من **تقنين تحرير تنقل الأموال** ، **والإعلان الأوروبي الخاص بالاستثمارات الدولية والشركات المتعددة الجنسيات**[110] الموقعين من طرف الدول الأعضاء في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE ، الإطار الاتفاقي العام لأوروبا في مجال تنظيم تنقل رؤوس الأموال والاستثمارات الدولية.

تضمن النصين مبدأ الإلغاء التدريجي لكل الإجراءات التميزية في مجال تنقل رؤوس الأموال والاستثمار، مع ملاحظة أن هذا المبدأ يعد **التزام قانوني** بمفهوم تقنين تحرير تنقل رؤوس الأموال و**التزام سياسي** بمفهوم الإعلان الأوروبي الخاص بالاستثمارات الدولية والشركات المتعددة الجنسيات ،وفي كلا من الوثيقتين يكون للأطراف تقديم تحفظات أو استثناءات « *des réserves ou des exceptions* » ، ثم إن الآليتين لا تتضمنان مقتضيات أو أحكام إلزامية فيما يخص فض المنازعات ، كل ما في الأمر انه وبصدد كل الالتزامات القانونية فإن حل المنازعات المرتبطة بها يمكن أن يتم أمام هيئات دولية تعبر أطراف النزاع على ارتضائها كحكم –مثل محكمة العدل الدولية- أو اللجوء الصريح إلى هيئة تحكيمية خاصة Ad hoc ترتضيها أطراف النزاع[111].

يمثل **الإعلان الأوروبي الخاص بالاستثمارات الدولية والشركات المتعددة الجنسيات**[112]، استثناءا مقارنة بالآليات الدولية الأخرى المنظمة للاستثمار الدولي، على اعتبار كونها توصيات موجهة للشركات المتعددة الجنسيات العاملة في الدول الأعضاء في المنظمة أو تلك الشركات التي تكون تابعة لأحدى الدول الأعضاء البيئة، بحيث توصيها بالعمل في إطار مسؤول خاصة في مجالات التشغيل وعلاقات العمل، حقوق الإنسان، البيئة، توفير المعلومات الخاصة بالشركة ونشاطها، مكافحة الرشوة، اعتماد مصالح تهتم بمطالب المستهلكين، العلم والتكنولوجيا، المنافسة وموضوع الجباية.

110- يمكن القول أن مبادرة منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية مرتبطة زمنيا بمطالبة الدول النامية بنظام اقتصادي دولي جديد

BETATI Maria, Le nouvel ordre Economique International –QUE SAIS-JE –Paris PUF Alger Edition DAHLEB 1985 Page 32.

111-Relation entre les accords internationaux sur l'investissement op cit page 4.

112- ان تقنين تحرير تنقل رؤوس الاموال مفتوح فقط لانضمام الدول الأعضاء في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في حين الاعلان الاوروبي الخاص بالاستثمارات و الشركات المتعددة الجنسيات فهو مفتوح لانضمام الدول غير الاعضاء في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية و في هدا الصدد فقد انضمت للإعلان كل من الأرجنتين. البرازيل. الشيلي .اسطونيا .لطوا نيا سلوفينيا و إسرائيل.

أما عن الضمانات المقدمة للشركات المتعددة الجنسيات في إطار التنظيم الأوروبي ، فبالإضافة إلى الضمانات ذات الصفة الإجرائية المقدمة لهذه الشركات بحيث تمكنها من إبداء رأيها أمام لجنة الاستثمارات والشركات المتعددة الجنسيات التابعة لمجلس المنظمة وذلك بشأن ما يقام ضدها من احتجاجات، تتمتع هده الشركات بضمانات ذات الصفة الموضوعية تمثل تحديدا في تمتع الشركات بالمعاملة الوطنية.

أما عن الطبيعة القانونية لنظام منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية المتعلقة بنشاط الشركات المتعددة الجنسيات و الاستثمارات الدولية ، فهي جد معقدة لأن ذلك التنظيم يتسم بالتركيب لاعتماده على إعلان حكومي مشترك وعدد من التوصيات ، إضافة إلى الأحكام المنصوص عليها عبر قرارات لها طبيعة إلزامية فيما بين أعضاء المنظمة.

وفيما يتعلق بالمبادئ التوجيهية ، فهي عبارة عن توصيات ملحقة بالإعلان الحكومي تخضع لإجراءات مراجعة ذات طابع مؤسسي داخل المنضمة [113]، هذا ونخلص إلى القول أن الطبيعة القانونية المركبة والمتعددة المصادر هي ما يميز منظومة العمل الأوروبية في مجال تنظيم تنقل رؤوس الأموال والاستثمارات الدولية ، وربما يعود سبب هذا الخيار هو المنهج التدرجي والتراكمي لتقرير الأحكام مع السماح لمختلف الهيئات الرسمية وغير الرسمية من المساهمة في لإعداد لمشاريع التقنينات وتطويرها.

2- اتفاقية التبادل الحر للدول شمال أمريكا ALENA:

تضمن الفصل الحادي عشر من **اتفاقية التبادل الحر لدول شمال أمريكا**، تنظيم أكثر الموضوعات والتدابير حداثة بشأن الاستثمارات الدولية، بحيث أصبحت هذه الاتفاقية نموذجا لاتفاقيات أخرى منظمة لذات الميدان [114] ، لقد نصت هذه الاتفاقية على مستويات عالية من الحماية والتبادل الحر ، كما أنها تقدم مكانزمات قانونية خاصة بفض المنازعات الطارئة فيما بين الدول الأعضاء أو فيما بين دولة عضو وأحد المستثمرين، وعلى خلاف الاتفاقيات الثنائية المنظمة للاستثمار الأجنبي بشأن تعريف الاستثمار من حيث تقديمها في الغالب مفاهيم عامة تشمل كل الأصول التي تدخل ضمن رؤوس الأموال المستثمرة ، فان اتفاقية التبادل الحر لدول شمال أمريكا تقدم قائمة محددة ومحصورة للأصول المرتبطة بالشركة أو بنشاطها مع تقديم بعض التحفظات الخاصة.

أما بشأن المستثمرين المعنيين فهي تشمل كل الشركات المنشأة وفق التشريعات الوطنية للدول الأعضاء بغض النضر عن جنسية المالكين – جنسية رأس المال -.

113-- د.قادري عبد العزيز مرجع سابق ص 170

114-مثل اتفاقية التبادل الحر بين كندا و الشيلي لسنة 1997و مشروع اتفاقية التبادل الحر فيمبيت الامريكتين . الاتفاقية الاروبية المراجعة المتضمنة انشاء المجموعة الاوروبية لتبادل الحر و الاتفاق الموقع بين اليابان و جمهورية سنغفورة من اجل عهد جديد لتكامل الاقتصدي Relation entre les accords internationaux sur l’investissement op cit page 13..

تمكن الاتفاقية كل من المستثمرين واستثماراهم من حق التمتع بمبدأ المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأكثر رعاية بحسب أفضلية أحداهما بالنسبة للمشروع ، كما تنص الاتفاقية على مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة إضافة إلى تقريرها حماية وضمان شاملين بحسب المادة 1105 ، بالنسبة للتعويضات الناشئة عن نزع الملكية فان الاتفاقية تقدم مفهوم مفصل لمبدأ التعويض السريع المناسب والفعلي "La norme traditionnelle d'indemnisation Prompte, adéquate et réelle » المقرر في القانون الدولي كما تنص من جهة أخرى على الالتزام باستبعاد كل أشكال التقييد أو الشرطية في النصوص التشريعية الوطنية ، سواءا تعلق الأمر بالتقييد الكمي أو الشروط المتعلقة بالالتزام على الاستراد أو تحويل التكنولوجيا، إضافة إلى الأشكال الأخرى للتقييد المنصوص عليها في اتفاقية منظمة التجارة الدولية المتصلة بالاستثمار والتي تبنتها الاتفاقية.

إضافة إلى الفصل 11 المتعلق بالاستثمارات، فقد تضمنت الاتفاقية النص على الإقامة المؤقتة لرجال الأعمال ، مسألة الخدمات مالية ، سياسة المنافسة ، الاحتكار ودور المؤسسات الوطنية للدول المضيفة للاستثمار الأجنبي بالإضافة إلى حقوق الملكية الفكرية.

يلاحظ الفقه وجود توافق وتقارب كبيرين بين أحكام اتفاقية التبادل الحر لدول أمريكا الشمالية وما تضمنه اتفاقية منظمة التجارة الدولية المتصلة بالاستثمار خاصة إذا علمنا أن المفاوضات بشأنها تمت خلال دورة الاوروغواي لمنظمة التجارة الدولية.

3- تنظيم منظمة الاندين للاستثمارات الدولية:

لقد انضمت كل من بوليفيا والشيلي كولومبيا والإكوادور في شكل تكتل إقليمي –أمريكا اللاتينية- تناولت من خلال تقنين خاص في شكل **قرار ملزم للدول الأعضاء** ، باعتباره قرار تنظيمي مترتب عن السلطة التنظيمية للمنضمة [115] ، ويندرج ذلك التقنين في إطار سياسة التكامل و التكتل الإقليمي للبلدان المذكورة ، الهادفة إلى الحد من النفوذ الأجنبي و جعل الاستثمارات الأجنبية تساهم بفعالية أكبر في دفع التنمية الاقتصادية ، و لقد ركز التقنين على المسائل الأساسية الآتية :

1- تحويل المشاركة الأجنبية في المشاريع الاستثمارية إلى أقلية.

2- إبعاد الاستثمارات الأجنبية عن القطاعات الحيوية للاقتصاد.

3- تنمية التكنولوجيا الوطنية و تدعيم الشركات المتعددة الجنسية المحلية.

هذا و نلاحظ التمييز الذي أقره تقنين الاندين في ميدان معاملة الاستثمارات الأجنبية بين الاستثمارات القائمة و الاستثمارات الجديدة ، ففيما يتعلق بالاستثمارات القائمة يهدف التقنين إلى تخفيض المساهمة الأجنبية في القطاعات الاقتصادية الحيوية[116] ، ثم إن للاستثمارات ذات الأغلبية الأجنبية في القطاعات الأخرى أن تستمر بشرط تنازلها عن المزايا الممنوحة لها و التي لا تتمتع بها الاستثمارات المحلية.

115- مصطفى سلامة حسين –التنظيم الدولي للشركات المتعددة الجنسيات دراسة تحليلية و تاصيلية لقواعد السلوك الدولي المنظمة لنشاطات الشركات المتعددة الجنسية القاهرة دار النهضة العربية 1982 ص 57.-

116 و لقد واكب هدا التنظيم نضالات العالم الثالث –مجموعة 77- بشان إعادة التفاوض حول عقود الاستفادة من نشاطات استغلال الثروات الطبيعية الوطنية و استعادة السيطرة عليها و سعيها من اجل التاطير لنظام دولي اقتصادي جديد.

أما فيما يتعلق بالاستثمارات الجديدة فقد تم تحديد المجالات المفتوحة أمامها تحديدا حصريا كما حظر الاستثمار في 05 قطاعات هي التجارة الداخلية ، و الخدمات العمومية ، و قطاع الاتصالات ، و الخدمات المالية كالتأمين و البنوك ، كما نص التقنين على اشتراط التفاوض بشأن عقود الامتياز في مجال الاستثمارات الأجنبية في ميدان المحروقات ، إضافة إلى تنظيم عمل الشركات المتعددة الجنسيات الأجنبية العاملة في الدول الأعضاء في اتفاق الأندين نظم كذلك نشاط الشركات المتعددة الجنسيات المحلية ، و ذلك من خلال النص على التزام الأطراف بتسهيل تنظيم تلك الشركات – القرار رقم 169 لسنة 1982 المعدل للقرار 46 لسنة 1979 – ثم العمل المشترك قصد تخفيض نسبة المساهمة الأجنبية ، و ابتداء من سنة 1973 - بعد الإطاحة بنظام **الياندي** في الشيلي الذي كان من أكبر المدافعين عن مضمون الاتفاق- بدأت تبرز خلافات بين الدول الأعضاء بشأن التقليل أو الزيادة من القيود التي احتوى عليها ذلك التقنين .

يمكن القول إن نظام الأندين للاستثمارات أكثر الاتفاقيات الجهوية وفاءا لتوجهات البلاد المستقبلة لرؤوس الأموال الأجنبية خلال فترة السبعينيات ، غير أن دوره بقي محدودا بالمجال الإقليمي لتبادل الحر فيما بين الدول الأعضاء ، و بخصوص تنظيمه للاستثمارات فإن بنوده لم تعد ملزمة للدول الأعضاء على اعتبار أنها انتهجت اختيارات اقتصادية أكثر ليبراليا موالية في الغالب لمصالح الولايات المتحدة الأمريكية السياسية و مصالح الشركات المتعددة الجنسيات الاقتصادية و التجارية.

4- اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي:

لقد عبر أطراف معاهدة اتحاد المغرب العربي عن إرادتهم السياسية الصريحة لدعم التوجه الوحدوي على المستوى الجهوي في المجال الاقتصادي[117]، و جاءت اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول الاتحاد تتويجا أوليا لهذا التوجه، ذلك أنه و بعد سنة و نصف بعد دخول معاهدة الاتحاد حيز التنفيذ لجأت دول المغرب العربي إلى إبرام اتفاقية تتعلق بالاستثمار .

و قد جاء في ديباجة الاتفاقية " أنه و اقتناعا منها بأن تشجيع و ضمان الاستثمارات بمقتضى اتفاقية من شأنه تدعيم التنمية و تعزيز التبادل التجاري و المنافع المشتركة بين بلدان اتحاد المغرب العربيفي مختلف المجالات، و شعورا منها بضرورة منح رؤوس الأموال و الاستثمارات التابعة لكل من بلدان اتحاد المغرب العربي في البلد الآخر معاملة أكثر أفضلية .... ".

117- معاهدة إنشاء اتحاد المغرب العربي مراكش 17 فبراير 1989 المادة 3 فقرة 3 التي تنص تحقيق التنمية الصناعية و الزراعية و التجارية و الاجتماعية للدول الأعضاء و اتخاذ ما يلزم اتخاذه من وسائل لهذه الغاية خصوصا بإنشاء مشروعات مشتركة و إعداد برامج عامة في هذا الضوء. اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 23 يوليو 1990 و المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 90- 420 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990.

و قد جاءت الاتفاقية في شكل 5 فصول تضمنت ما يأتي : تعاريف ، معاملة الاستثمار ، الضمانات المالية ، الضمانات القانونية ، الضمانات القضائية و تسوية النزاعات.

الملاحظة الأولى التي تسترعي الانتباه ، هو إن انضمام الجزائر إلى اتفاقية جهوية تعنى بتشجيع و ضمان الاستثمار، في الوقت الذي نجدها تفتقر إلى تشريعي وطني منظم للموضوع بالمفهوم الدولي للاستثمارات، ذلك أن أول تشريع – كما رأينا – يعود إلى سنة 1993 و يمكننا القول بتالي أن سنة 1993 هي سنة نفاذ بعض مقتضيات الاتفاقية المغاربية في مواجهة الجمهورية الجزائرية ، و لو على المستوى الشكلي خاصة بالنسبة للأحكام التي تعيد الأطراف إلى نصوص تشريعاتهم الوطنية من مثل ميدان تدخل الاستثمارات.

من جهة أخرى ،استلهام الدول الأطراف في إعدادهم للاتفاقية من حيث الشكل و مضمون بعض الأحكام بنود الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية التي تبنتها الدول العربية خلال القمة الحادية عشر ما بين 25 – 27 نوفمبر 1980 ، إضافة إلى اتفاقية الدول الأعضاء في المؤتمر الإسلامي حول ترقية و حماية الاستثمارات الموافق عليها من طرف وزراء الشؤون الخارجية في 1981.

لقد خصصت الاتفاقية الفصل الأول لتناول تعريف الأشخاص القانونية المخاطبة، أين أخذت بمعيار الجنسية بالنسبة للأشخاص الطبيعيين و معياري الجنسية و مقر الإنشاء بالنسبة للشركات و تضمنت تحديد مفهوم الاستثمار مرادفا لمصطلح رأس المال الذي جاء على سبيل المثال لا الحصر.

نصت الاتفاقية على كيفية معاملة الاستثمار في بعض من أحكامها ، حيث تتمثل معاملة الاستثمار في توفير الإمكانيات من أجل إنجاز المشروع ذلك ما ورد في نص المادة 2 حيث نصت على أنه "يعود للطرف المتعاقد أن يعمل على توفير الإمكانيات اللازمة ،بما لا يقل عما يقدم للمستثمر الوطني و تكمن هذه التسهيلات فيما يلي:

1- إصدار التراخيص و الموافقات اللازمة لقيام الاستثمار و استيراد المعدات و المواد اللازمة للمشروع.

2- الحصول على الأراضي اللازمة للمشروع بالبيع أو الإيجار.

3- عدم تحميل الاستثمار للرسوم التأسيسية المختلفة ورسوم و أجور الخدمات أكثر مما يتحمله الاستثمار الوطني".

و بهذا تكون قد أقرت بمبدأ **المعاملة الوطنية**، كما نصت المادة 4 على عدم تدخل الطرف المتعاقد في إدارة الاستثمار أو سياسته الإنتاجية أو المالية أو التوظيفية أو **غيرها** [118] و تضيف المواد الأخرى ما يأتي :

أ- حرية التصرف في الاستثمار بجميع أوجه التصرف القانونية المادة 5.

118- إن لفظ "أو غيرها" ليس له ما يبرره كما انه يمثل سببا لورود اختلافات في تفسير مدلوله. هل يعني اشتمال منع التدخل في أي مجال من المجالات حتى لو تعلق الأمر بالمساءل البيئية أو الأمنية للدولة الطرف ؟.

ب- تمكين المستثمر المغاربي بأية مزايا يقدمها الطرف المتعاقد لمواطني أية دولة أخرى – **مبدأ المعاملة الأكثر رعاية** – المادة 6.

ج- لا يخضع الاستثمار إلى أية قيود غير جمركية بشأن استراد معدات المشرو ع الاستثماري و لا يفرض عليه الاستيراد أو حظره من مصادر معينة – **مبدأ حظر القيود و الشروط التقييدية-** المادة 7.

و يعمل المستثمر من جهته - في مختلف أوجه نشاطه- على التنسيق الكامل مع الطرف المتعاقد المضيف للاستثمار – المادة 10-[119] ، أما مضمون نص المادة 14 فقد تعلق بجواز تقديم الطرف المتعاقد مزايا إضافية غير تلك المنصوص عليها في أنظمته الداخلية أو في الاتفاقية المغاربية بشأن المشاريع المشتركة بين دول اتحاد المغرب العربي أو مواطني كل منها ، أو للاستثمارات ذات الأهمية الخاصة و لا سيما تلك التي لها طابع تنموي وفقا للمناطق أو القطاعات ذات الأولوية فيها.

أراد أطراف الاتفاقية ربما من خلال هذا النص التأكيد مجددا عن تشجيع و دعم كل عمل مشترك ، غير أن الملاحظ أن المشرع الجزائري مثلا عبر تشريع 93 – 12 **- بالرغم من صدوره بعد المصادقة على الاتفاقية-** لم يذهب إلى تخصيص أية مزايا إضافية بشأن المشاريع المغاربية المشتركة أو تلك التي تتم بين رعايا مغاربيين في قطاعات ذات أهمية خاصة ؟

- تضمنت الاتفاقية النص على ثلاثة أنواع من الضمانات هي :

أولا : الضمانات المالية : و قد اشتملت على حرية التحويل – المادة 11- والتعويض عن الأضرار التي قد تلحق الاستثمار المادة 12.

أما عن حرية التحويل فإنه يكون بدون آجال بالنسبة لرأس المال و عوائده أو أي دفوعات أخر متعلقة بالاستثمار، و يتم التحويل بعملة قابلة للتحويل حسب سعر الصرف الرسمي الجاري به العمل في تاريخ التحويل[120] ، و تبقي الاتفاقية للدول الأطراف إمكانية اشتراط التصريح بالتحويل و استخلاص الضرائب و حماية حقوق الدائنين أو ضمان تنفيذ الأحكام في الدعاوى المعروضة على القضاء ، مع احترام مبدأ العدالة و عدم التمييز في سن النصوص المقيدة لمبدأ التحويل من دون أجل.

تناولت المادة 12 ضمان التعويض عن الأضرار التي قد تصيب الاستثمار سواء كان ذلك بفعل الدولة الطرف أو أحد سلطاتها العامة ، المحلية أو أحد مؤسساتها، و يترتب التعويض المعنى بحسب الاتفاقية بالنظر إلى طبيعة الضرر

- المساس بأي من الحقوق و الضمانات المقررة للمستثمر بموجب الاتفاقية أو بموجب أي قرار صادر عن الدولة الطرف.

ب- الإخلال بأي من الالتزامات و التعهدات الدولية المعروضة على عاتق الدول الطرف و الناشئة عن هذه الاتفاقية لمصلحة المستثمر المغاربي ، أو عدم القيام بما يلزم لتنفيذها سواء أكان عن عمد أو إهمال.

119ـ جاء نص المادة في شكل توصية لا أكثر على خلاف المواد السابقة التي تمثل التزاما في حق الدول الأطراف.

120-و يثور التساؤل حول التعارض الموجود بين مضمون الاتفاقية التي تنص على أن التحويل يتم دون اجل و حكم المرسوم التشريعي 93-12 الذي ينص على آن التحويل يتم بعد 60يوما.ماهي الأحكام ادن التي تسود و الجواب نجده في نص المادة 123 من دستور 1989 الذي يقر بسمو المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية على التشريع.

ج- الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ ذي صفة مباشرة بالاستثمار.

د- التسبب بأي وجه آخر بالفعل أو الامتناع في إحداث ضرر للمستثمر المغاربي بمخالفة الأحكام القانونية النافذة في الدولة التي يقع فيها الاستثمار.

و يكون التعويض نقدا إذا تعذر إزالة اسباب الضرر، أي إذا استحالت إعادة الأمور إلى ما كانت عليه ، و يشترط في تقرير التعويض النقدي أن يجري خلال ستة أشهر من وقوع الضرر و أن يدفع خلال سنة من تاريخ الاتفاق على مقدار التعويض أو اكتساب التعويض قوة الشيء المقضي فيه ، و إلا استحق المستثمر فوائد تأخيرية على المبلغ غير المدفوع اعتبارا من اليوم التالي لانقضاء هذه المدة و فقا لأسعار الفائدة السائدة في السوق النقدية للطرف المضيف للاستثمار.

ثانيا : الضمانات القانونية : و تشمل التعويض الناجم أو المترتب عن التأميم أو إجراء آخر له نتيجة مماثلة – نزع الملكية ، الحجز و المصادرة المادة 15 – لا يمكن التأميم أو انتزاع استثمارات رعايا أي من أحد الأطراف المتعاقدة و لا يمكن إخضاع هذه الاستثمارات إلى أي إجراء له نتيجة مشابهة، إلا إذا توفرت الشروط التالية.

أ- أن تتخذ تلك الإجراءات لفائدة المصلحة العامة و طبقا للصيغ التي ينص عليها القانون في البلد المضيف للاستثمار.

ب- ألا تكون الإجراءات تمييزية.

ج- تتم مرافقة تلك الإجراءات بدفع تعويض عاجل و عادل و فعلي خلال مدة لا تزيد على سنة من تاريخ اكتساب قرار نزع الملكية صفته القطعية و توفير إمكانية تحويل ذلك التعويض بكل حرية.

ثالثا : الضمانات القضائية :

نصت المادة 19 و المادة 20 على طريقة حل النزاعات التي تثور تباعا بين دول الاتحاد و مستثمر وعلى المنازعات التي قد تقوم بين الأطراف المتعاقدة.

أما عن المنازعات التي قد تثور فيما بين إحدى الدول الأطراف و مستثمر مغاربي ، فيتم عرضه على الهيئة القضائية لدول اتحاد المغرب العربي [121] ، يعد هذا تنازلا كبيرا و سابقة بالنسبة لدول الإتحاد التي قبلت بأن تمثل أمام هيئة قضائية و أن تقاضى من قبل أحد رعايا دولة مغاربية أخرى.

يمكن أن يعرض النزاع كذلك أمام محكمة الاستثمار العربية المنشأة طبقا للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية ،كما يمكن اللجوء إلى الهيئات التحكيم الدولية المتخصصة في تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار أي المركز الدولي للفصل في المنازعات الخاصة بالاستثمارات. نصت المادة 20 من الاتفاقية على تسوية النزاعات التي تنشأ بين الأطراف

121-- نصت المادة 19 من معاهدة إنشاء الاتحاد المغاربي على إحداث هيئة قضائية تختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بتفسير و تطبيق المعاهدة و **الاتفاقيات المبرمة في إطار الاتحاد** و التي يحيلها إليها مجلس الرئاسة أو إحدى الدول الأطراف في النزاع أو وفقا لما يحدده النظام الأساسي للهيئة و تكون أحكام الهيئة ملزمة و نهائية ، كما تقوم الهيئة بتقديم الآراء الاستشارية في المسائل القانونية التي يعرضها عليها المجلس.

المتعاقدة و الخاصة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية و تشير الاتفاقية في هدا الصدد إلى تسبيق الحلول الودية و المساعي الدبلوماسية و لجان المشاورة و التفاوض ، و إذا تعذر الوصول إلى توافق في الرؤى يعرض الأمر أمام الهيئة القضائية لدول الإتحاد أو على هيئة تحكيمية خاصة.

مما تقدم نخلص إلى القول أن مجمل الأعمال الدولية — من زاوية النظر الخاصة بمجهودات الأمم المتحدة و من منظور الاتحاد الأوروبي باعتباره تجمع إقليمي يضم الدول المصدرة لرؤوس الأموال و الاستثمارات ، إضافة إلى موقف الدول المستقبلة لتلك الاستثمارات عبر التنظيمات الإقليمية التي تناولناها — تتجه إلى تشكيل و تبني صيغ متماثلة تتناول من خلالها موضوعات الاستثمار الدولي ، هذه الصيغ التي أصبحت أكثر من أي وقت مضى مكرسة لمفاهيم القانون الدولي الأكثر ليبرالية.

الفصل الثاني: الإطار العام لفكرة حماية الاستثمار الأجنبي

تعاظم دور الاستثمارات الأجنبية المباشرة على الصعيد العالمي وأصبحت من أهم أدوات تمويل التنمية بالدول النامية وخاصة تلك التي تمر بمراحل انتقالية للتوجه نحو اقتصاد السوق ، بدأت هذه الحركة مع بداية التسعينيات من القرن العشرين [1] وأخذت تتعاظم نتيجة مساهمة الشركات المتعددة الجنسيات في نقل وتدوير الأموال عالميا من خلال تخطيها للحدود وبناء شبكاتها عبر دول العالم.

وقد شهدت العشرية الأخيرة من القرن الماضي تزايد حدة المنافسة لجذب الاستثمارات الأجنبية و الإبقاء عليها، بقصد الحصول على مزايا هذه الاستثمارات من نقل التقنية وتدفقات التجارة ، واستحداث المزيد من فرص العمل وتعجيل عملية التنمية الاقتصادية، إضافة إلى تسريع عملية الاندماج بالأسواق العالمية، وجدت حكومات الدول المضيفة مع هذا التنافس الحاد صعوبات متزايدة لدى تقديمها حوافز أقل جاذبية من تلك المقدمة من قبل دول منافسة، كما أن تقديم حوافز للاستثمار مغال فيها يؤدي للمزيد من الأعباء على الدول المضيفة[2].

إضافة إلى إشكالية البحث عن نقطة توازن بين المزايا والحوافز التمويلية ، الضريبية والحوافز غير المباشرة [3] المقدمة من قبل الدول المضيفة وسعيها إلى تحقيق مخططات نمو تعنى بالجوانب الاقتصادية والاجتماعية، تتجه اهتمامات التشريعات الوطنية لدول المضيفة إلى **تقديم إجابات واضحة بشأن المخاطر غير التجارية التي تهدد استقرار وانسياب رؤوس الأموال،** وإذا كان مصدر الحوافز والمزايا المختلفة المعبر عنها عبر التشريعات الوطنية أو في شكل اتفاقيات ثنائية أو حتى جهوية إنما هو إرادة الشركات المتعددة الجنسيات والدول المصدرة لرؤوس الأموال بشكل عام أو ما أصطلح عليه بالقانون الدولي للاستثمارات " Droit International des Investissements"و إذا كان من شأن هذا المعطى طمأنة المستثمرين الأجانب والمساهمة في تثبيت انسياب رؤوس الأموال والاستثمارات فإن

---

1 - - زيدان محمد – الاستثمار الأجنبي المباشر في البلدان التي تمر بمرحلة انتقالية – نظرة تحليلية للمكاسب والمخاطر – مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا . الجزائر . الشلف جامعة حسيبة بن بوعلي العدد الأول ص 117.

2 -- ثريا على حسين لورفلي – محددات نمو الاستثمار الأجنبي المباشر . الدروس المستفادة. ورقة عمل مقدمة أمام المؤتمر الوطني حول الاستثمار الأجنبي في الجماهيرية الليبية

3 - أما **الحوافز التمويلية** فالقصد منها هو تزويد المستثمر الأجنبي بالأموال بشكل مباشر من قبل حكومات الدول المضيفة حيث يمكن أن يكون التموين في شكل منح تسهيلات استثنائية مدعمة فعلى سبيل المثال قامت بعض حكومات الدول أمريكا اللاتينية وشرق أسيا والشرق الأوسط بتقديم حوافز تمويلية على النحو التالي :

أ- تقديم تسهيلات للحصول على القروض من للبنوك الوطنية وتخفيض معدلات الفائدة.

ب- تقديم مساعدات مالية لإجراء البحوث والدراسات اللازمة لإقامة المشاريع والتوسعات.

أما **الحوافز الضريبية** : وهي عبارة عن حوافز تمس نسب التحصيل الضريبي بالنسبة للمستثمر الأجنبي وتأخذ أشكال مختلفة مثل الإعفاءات الضريبية والاستثناءات من رسوم الإستراد على المواد الخام والمواد الوسيطة والسلع وإعفاءات أو تخفيض معدلات الرسوم الجمركية على الصادرات وكذلك الإعفاءات الممنوحة للصادرات الناتجة عن المشاريع المقامة بالمناطق الحرة من الرسوم الجمركية وضرائب التصدير لفترات زمنية تتجاوز عشرة سنوات ما بعد مرحلة التشغيل .

- أما **الحوافز الغير مباشرة** فتتمثل في تزويد المستثمر الأجنبي بالأراضي والبنية الأساسية للمشاريع بأسعار أقل من أسعارها الجارية وتصل بعض الحكومات في تقديم الامتيازات إلى أبعد من ذلك حيث تمنح الشركات الأجنبية امتيازات فيما يخص مركزها في السوق في شكل معاملة تفضيلية بخصوص المشتريات الحكومية ومنحها مركزا احتكاريا في السوق أو حمايتها من منافسة الواردات وتلجأ بعض الدول في هذا المجال إلى تخفيض الرسوم أو الإعفاء منها نهائيا خاصة فيما يخص استخدام المرافق العامة كالمياه والكهرباء..الخ وتخفيض قيمة الإيجارات العقارية والأراضي الخاصة بمختلف المشاريع الاستثمارية الأجنبية بالإضافة إلى أن الدول المضيفة قد تلجأ إلى تقديم مزايا أخرى مثل إعفاء المشاريع الاستثمارية الأجنبية من تطبيق قوانين العمل السائدة .راجع عبد السلام أبو قحق اقتصاديات الاستثمار الدولي الطبعة الثانية الإسكندرية المكتبة العربية الجديدة 1991 ص 2.

الإقرار بمبادئ القانون الدولي للاستثمارات في مجال الحماية ضد المخاطر الغير التجارية، من شأنه التضييق من مجالات العمل الحكومي بالنسبة للدول المضيفة ، بحيث تصبح كل الإجراءات التنظيمية الإدارية القانونية المناسبة المتصلة بالاستثمار الأجنبي، وبخاصة تلك التي من شأنها المساس بالمصالح المباشرة أو غير المباشرة للمستثمرين الأجانب، ذات اختصاص دولي لا من حيث الاهتمام الفقهي فحسب بل ومن ناحية التناول التشريعي، الإتفاقي والعملي كذلك.

خلال سنوات الستينات والسبعينات ، عرفت المنازعات الدولية في مجال الاستثمارات انحصارا نسبيا بالنظر لغياب الأدوات القانونية المتناولة لها، ومع بروز دور الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية وتطوير الاستثمارات عرف التحكيم الدولي تسارعا ملحوظا بحيث أن المركز الدولي لفظ المنازعات المترتبة عن الاستثمارات CIRDI[4] سجل 25 قضية فيما بين سنوات 1972 و 1990 ليرتفع هذا الرقم إلى 60 قضية خلال الفترة الممتدة من 1990 إلى 2004 مع تسجيل 78 قضية حيز الدراسة.

إن هذا التطور يشكل معيارا أساسيا لتبيان الدور المتزايد للقانون الدولي للاستثمارات ، بحيث نكون في غنا عن البيان أن التجاء المستثمرين إلى محاكم التحكيم الدولي، إنما يعبر عن مدى الاطمئنان والثقة التي يضعنها في الأحكام والمبادئ المعتمدة فيها وهي أحكام ومبادئ القانون الدولي للاستثمارات والذي يعتبر جانب من الفقه أن تطوره **يتجه نحو تقرير أكثر حماية للمستثمرين في مواجهة الدول المضيفة ، هذه الأخيرة التي تكون في كل مرة مدعوة إن لم نقل " مرغمة " على " تطويع" منظومتها التشريعية في اتجاه تلك المبادئ و الأحكام .**

لقد مر تطور القانون الدولي للاستثمارات بمراحل عدة ، بحيث أنه و إبتداءا من سنوات العشرينات عرفت الهيئات التحكيمية أولى القضايا المتعلقة بالاستثمار و لم يكن أمامها – في غياب نصوص خاصة بالاستثمار الدولي وحمايته- إلا اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون الدولي العام وبشكل مميز تلك القواعد الخاصة بحماية الأجانب ،والتي كانت تتسم بالعمومية وعدم الدقة ، فاعتمدا مثلا على مبدأ **تقرير نفس المعاملة لرعايا الدول** الأخرى ، أقرت المحاكم في مجال حماية الاستثمارات الأجنبية التزام الدول المضيفة على تجنب كل أشكال التمييز الصارخ . *"L'obligation de l'Etat hôte de renoncer à toutes mesures ostensiblement discriminatoire et choquante »*

بعد الحرب العالمية الثانية و أمام فشل محاولات اعتماد آلية دولية متعددة الأطراف في مجال الاستثمارات [5] ، إنحصر المجهود الدولي في تقرير الإبقاء و تعميم أشكال الاتفاقيات التي كان يعمل بها في القرن التاسع عشر والقائمة على

4- هده الهيئة التابعة للبنك الدولي يناط بها تنظيم التحكيم الدولي في مجال المنازعات المرتبطة بالاستثمارات الدولية فيما بين الدول المضيفة و المستثمرين الأجانب و التي تم إنشائها بمجب اتفاقية واشنطن لسنة 1965 و يقوم اختصاصها إما اعتمادا على اتفاق صريح بين الدولة المضيفة و المستثمر أو اعتمادا على بند خاص في اتفاقية ثنائية و تعتمد محاكم التحكيم التابعة المركز الدولي لفظ النزاعات المترتبة عن الاستثمارات على قواعد إجرائية خاصة كما سوف يأتي بيانه الموقع الرسمي للبنك الدولي على شبكة الانترنت www.world.bank.org

5- على خلاف التجارة الدولية التي اعتمدت بشأنها اتفاقية التعريفة الجمركية (GATT) كما سبق وأن رأينا بشأن ميثاق هافانا .

ثلاثية **الصدقة، التجارة والملاحة** [6] Friendship, Trade and navigation والتي استمر العمل بنماذجها خلال الخمسينيات وبداية الستينات [7] ، و تضمنت هذه الاتفاقيات إضافة إلى النص على ضرورة الإبقاء على السلم والأمن والصداقة بين الأطراف مبدأ معاملة الدول أكثر رعاية ، والتزام الأطراف بمعاملة الأجانب وممتلكتهم بما يقتضيه القانون الداخلي فيما يتصل بالاستثمارات وتنقل رؤوس الأموال.

كان لمنظمة الأمم المتحدة السبق في تقرير أولى المبادئ الخاصة بالقانون الدولي للاستثمارات في مجال حماية الاستثمار الأجنبي ، و تمثل ذلك في تصويت أعضائها بأغلبية مطلقة على أن الحق في نزع الملكية و التأميم الماسة بممتلكات و استثمارات الأجانب المقرر لدول المضيفة ، يجب أن يتم في إطار احترام بعض الشروط المتصل بالتعويض المناسب [8] ، و هنا تجدر الإشارة إلى أن بعض الشراح اعتبروا عبارة "مناسبة" أقل شرطية بالنسبة للدول المضيفة من العبارة المستعملة من قبل الأستاذ هيل HULL و التي دافعت عنها الولايات المتحدة الأمريكية منذ ثلاثينات القرن العشرين ، والتي كانت تشترط تعريضا **سريعا** ، **مناسبا و فعلي** هذا على الرغم من أن الجمعية العامة لاتتمتع بسلطة إقرار قواعد مكتوبة للقانون الدولي [9] ، **غير أن الإجماع العفوي للدول مكن هذه اللائحة من أن تدخل ضمن العرف الدولي[10] المعمول به** الملزم للأطراف في غياب اتفاقية دولية صريحة.

إبتداءا من نهاية الستينيات ومع بداية انضمام الدول حديثة الاستقلال إلى منظمة الأمم المتحدة أخذت هذه الأخيرة تقلل من أهمية دور العرف الدولي في إقرار قواعد قانونية تحمي الاستثمار الأجنبي ، لقد تمكنت هذه الدول اعتمادا على أغلبيتها داخل الجمعية العامة من "تمرير" عدد من اللوائح قوامها انه **لا توجد أي قاعدة من قواعد القانون من شأنها تحديد حقها في نزع الملكية[11]** ، يعني هذا أن التعويض الناتج عن نزع الملكية إنما تحدده قواعد وشروط تضعها الدولة المضيفة - القانون الداخلي - ، هذا ولنا أن نلاحظ أن بعض الفقهاء يعتبرون هذا التوجه لا ينقص من القيمة القانونية للقاعدة العرفية و إن كان (ينسب) relativise مداها الإلزامي.

مهما يكن من أمر ، فقد اعتبرت هذه المرحلة أكثر المراحل حساسية بالنسبة لتواجد الاستثمار الأجنبي في بلدان العالم النامي -مرحلة التأميمات - من حيث الحماية القانونية المقررة لها وطنيا ودوليا.

لقد شكلت في مرحلة لاحقة- نهاية الثمانينات وبداية التسعينات- الاتفاقية الثنائية الخاصة بتشجيع و حماية الاستثمارات [12]الإطار القانوني والتنظيمي المعبر عن توجه اقتصادي أكثر براغمتية [13]، ميز العلاقات شمال- جنوب واعتمادا على هذه الاتفاقيات أصبح بالإمكان الحديث عن قانون

6- على سبيل المثال معاهدة الصداقة والتجارة والملاحة الموقعة بين فرنسا والبرازيل في 08 جانفي 1826 والتي لايزال يعمل بها إلى ليوم ويشمل هذا النوع من الاتفاقيات مجالات واسعة وبشكل خاص تنظيم العمل الدبلوماسي والقنصلي.

7 - المعاهدة الموقعة بين الولايات المتحدة و نيكاراغوا في 21 جانفي 1956 وبين الولايات المتحدة و إيران في 15 أوت 1955.

8- المادة الأولى الفقرة 4 من اللائحة رقم A /RES/ 1803 المؤرخة 1962/12/14 والمتعلقة بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية.

9- المادة 10 من ميثاق الأمم المتحدة يمكنها فقط من تقديم لوائح غير ملزمة.

10- المادة 38 ف 1 (ب) من نظام محكمة العدل الدولية المؤرخ في 1945/06/26 التي تحدد العناصر المكونة للعرف الدولي

11- اللوائح رقم 3202/3201 المؤرخ في 1 مايو 1974 إضافة إلى اللائحة رقم 3281 المؤرخة في 1974/12/12 المتعلقة بميثاق حقوق والواجبات الاقتصادية للدول وبشكل خاص المادة 2 ف 2 .

12- أكثر من 2500 اتفاقية ثنائية تتناول الاستثمارات الدولية من حيث الترقية والحماية بحسب مصادر مؤتمر الامم المتحدة للتجارة والتنمية.

13- - وقد تميزت هذه المرحلة كما يذهب الأستاذ لبان LEBEN بوجود نوع من التناقض بين ما هو معبر عنه في المحافل الدولية ويتم إقراره عبر الاتفاقيات الثنائية « ...ce qui avait été répudié par les PVD dans les instances internationales .... Sera accordé dans le cadre des relations bilatérales – l'évolution du Droit International des investissements »

دولي للاستثمارات عملي ***Droit International des investissement pratique*** وذلك اعتمادا على ما أقرته هذه الاتفاقيات من حماية للاستثمارات و المستثمرين قائمة على مجموعة من المبادئ هي:

- الالتزام بالمعاملة العادلة والمتساوية.
- الالتزام بتوفير الحماية الكاملة والتامة – **pleine et entière** - للاستثمارات
- المعاملة الوطنية للاستثمارات الدولية
- معاملة الدولة الأكثر عناية
- التعويض السريع والحال- **Immédiat** -والفعلي لكل نزع للملكية.

إن الفحوى و المضمون **العام** و **الغامض** في أحيان كثيرة لهذه المبادئ مكن الفقه و التحكيم الدوليين من إعطائها تفسيرات متفاوتة بين أنصار التفسير الضيق لهذه المبادئ ، و الذين يقيمون تفسيراتهم اعتمادا على ما أقرته الأطراف الموقعة على الاتفاقيات الثنائية المنظمة للاستثمار، إضافة إلى القواعد التفسيرية المعبر عنها في اتفاقية فيينا للمعاهدات لسنة 1969 – المادة 31 ف 4 – ، و توجه آخر يسعى إلى تقديم تفسير أكثر اتساعا ، و مرجعيته في ذلك القانون الدولي التقليدي ثم إن المواجهة بين الطرفين إنما تتعلق بالأساس **بمدلول السيادة الذي لا يفترض الشك** بحيث يفسر أي شك يمس مدلول قاعدة من القواعد لفائدة الدولة المضيفة.

لقد كان للتحكيم الدولي الدور الأكبر في إقرار مبادئ أكثر حمائية للاستثمارات الدولية ، و ذلك في مجال إطلاعه على المنازعات المترتبة عن تطبيق و / أو تفسير الاتفاقيات الثنائية.

ذلك أن التحكيم – **باعتبار إقرار اللجوء إليه أحد مظاهر و صور الحماية كما سيأتي** – شكل إحدى الوسائل المنصوص عليها في الاتفاقيات يتمكن من خلالها البلد المضيف و المستثمر على حد سواء من فض ما قد يطرأ بينهما من خلاف، و يتم تشكيل تلك الهيئات التحكيمية في الغالب من ثلاثة أعضاء – محكمين – يتم تعيين اثنين من قبل طرفي النزاع أما الثالث – الرئيس – فيتم اختياره من قبل المحكمين الاثنين ، تمثل هذه التشكيلة الضمان الأول لحيادية الهيئة التحكيمية كما تمكن المستثمر من استبعاد القضاء الوطني الذي يعتبر أحد مظاهر سلطة البلد المضيف و بالتالي يشكك في مصداقية و عدالة إجراءاته في مواجهة المستثمر ، ثم إن عمل الهيئة التحكيمية من الناحية الإجرائية إنما يقتصر على موضوع النزاع الذي يتلخص في سؤال أو مجموعة من الأسئلة تمس جانبا قانونيا أو تنظيميا محددا سلفا أو يتم تحديده من قبل المحكمين – و لا يمكن أن يتعداه كما هو الشأن بالنسبة للقضاء الوطني - ، من جهة أخرى فإن مرجعية المحكمين إنما تكون ما استقر عليه القانون و العمل الدوليين و ليس القانون الداخلي للدول[14]

إن مبادئ الحماية التي أقرها القانون الدولي للاستثمارات اعتمادا بالدرجة الأولى على ما توصلت إليه أحكام الهيئات التحكيمية من قرارات مبتكرة ، يكون لها لا محالة أثر مباشر على تطور مضمون الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع و حماية الاستثمارات و بتالي تطور المنظومة القانونية الوطنية الخاصة بالاستثمار الأجنبي خاصة منها ما يتعلق بالحماية.

14- هذا مع ملاحظة أنه بالإمكان للأطراف الاتفاق على اعتماد قانون وطني قد يكون قانون الدول الطرف في النزاع أو قانون دولة أخرى و في الغالب يكون اختيار القانون السويسري أو قانون سنغافورة و يعود الهيئة المحكمة مهمة مراقبة مدى مطابقة النظام القانوني المختار مع النظام الدولي (المادة 42 من اتفاقية واشنطن المنشاة للمركز الدولي لفظ النزاعات المترتبة عن الاستثمارات).

و الملاحظ أن مبادئ الحماية إنما انطلقت في تطورها من الإقرار بمبادئ القانون الدولي الكلاسيكية الماسة بحقوق الأجانب ، لتصل إلى وضع مبادئ حمائية مستقلة يتميز بها ما بات يعرف بالقانون الدولي للاستثمارات.

بعد هذه المقدمة التي حاولنا من خلالها تأصيل مصادر مبادئ القانون الدولي الخاصة بالاستثمارات الدولية فيما يتصل بحمايتها ضد المخاطر غير التجارية وما طبعها من توجهات داخل الفقه الدولي وهيئة الأمم ، نحاول من خلال الخطة المعتمدة تناول أوجه الحماية الموفرة للمستثمر الأجنبي سواءا من **الناحية القانوني، المالية** و **القضائية** وذلك على المستويين الوطني – الدولة المضيفة – والمستوى الدولي من خلال القانون الدولي الإتفاقي – أعمال هيئة الأمم المتحدة والمنظمات التابعة لها- .

المبحث الأول: الحماية القانونية للاستثمار:

كما سبق و إن رأينا فإن الدول النامية و سعيا منها إلى تطوير اقتصادياتها الوطنية لم تتوان عن الدعوة و الترحيب المتزايد بالاستثمارات الأجنبية على أراضيها ، إلا أن هناك أسباب تثبط عزيمة أصحاب رؤوس الأموال الأجانب على اختيار وجهة استثمارية دون أخرى كما أن تلك الأسباب من شأنها تحديد مكانة الدول في سلم الخطورة الذي تشكله حيال التواجد الاستثماري الأجنبي لا بل و على الأجنبي بشكل عام في أحيان كثيرة [15].

و من أهم تلك الأسباب و العوامل التي من الممكن أن يتعرض لها الاستثمار الأجنبي تحديدا و التي تعد من الأهمية بحيث تشكل أولى اهتمامات المستثمر -الذي يضعها في أولى اعتباراته لتكون في مقدمة بحثه- هي الحماية القانونية ضد المخاطر غير التجارية للاستثمارات الأجنبية في البلد المضيف، و لعله يأتي على رأس هذه المخاطر غير التجارية مجمل الإجراءات التي من شأنها حرمان المستثمر من أمواله المستثمرة كليا أو جزئيا و التي تكون في صورة التأميم و غيره من صور نقل الملكية La dépossession بالإضافة إلى الإجراءات الأخرى الماسة بالملكية كالإجراءات التحفظية ، الأمر الذي يستوجب توفير حماية قانونية للأموال المستثمرة.

تشكل إذن بمفهوم المستثمر الأجنبي نقطة الحماية القانونية صمام الأمان و منطاد النجاة ضد كل أشكال و تمظهرات سلطة الدولة المضيفة عبر إعمالها لمبدأ السيادة ، و **يتساءل الباحث عن الضمانات التي يمكن أن يقررها قانون الاستثمار و الاتفاقيات الدولية و إلى أي مدى يمكن أن تصل ، و ماهي الآثار القانونية لتلك الضمانات و هل يرتب عدم توافرها أو عدم احترامها مسؤولية قانونية حيال الدولة المضيفة ، و ما هو الجزاء الذي رتبه القانون الدولي بشكل عام و القانون الدولي الإتفاقي، ثم هل رتب آثارا قانونية مختلفة بحسب التصرفات القانونية أم ساوى بين جميع صور نقل الملكية ؟.**

15- L'avenir Hypothéqué – Comment les accords commerciaux et d'investissement conclus entre les pays riches et les pays pauvres sapent le développement- OXFARM International Mars 2007 page 2 et suite

المطلب الأول : المخاطر التقليدية – الإجراءات العمومية الماسة بالاستثمارات الأجنبية- : و سيكون لنا عبر هدا المطلب النقاط التالية :

- التأميم و الإجراءات الناقلة للملكية الأجنبية للاستثمارات
- التشريعات الوطنية للدول المضيفة
- الاتفاقيات الدولية

أولا : **التأميم و الإجراءات الناقلة للملكية الأجنبية للاستثمارات:**

يعرف التأميم بأنه "عمل من أعمال السيادة تنقل به الدولة المضيفة الملكية الخاصة إلى الملكية العمومية ، أو أنه عمل من أعمال السيادة تنقل الدولة من خلاله الممتلكات و الحقوق الخاصة في نشاط معين بمقتضى نص تشريعي و للمصلحة العامة بغرض استغلالها و السيطرة عليها و لتوجيهها نحو أهداف معينة" [16] ، و من أهم الاستثمارات الأجنبية التي صادفت تطبيقا واسعا لنظام التأميم تأتي **الصناعة البترولية** [17] في مقدمتها على الإطلاق ، و يعترف **الفقه الدولي الحديث بحق الدولة في تأميم أموال الأجانب و مصالحهم الاقتصادية الموجودة على إقليمها عندما يكون ذلك بهدف المصلحة العامة** ، و يميز الفقه عموما بين ثلاثة أنواع من التأميم[18] **.**

أ- التأميم العقائدي أو الإيديولوجي الموجه ضد مبدأ الملكية الفردية من حيث الأساس و فيه تنتزع الملكية و يرفض تقديم أي تعويض عنها ، و قد أثار هذا النوع من التأميم لغطا و جدلا قانونيا كبيرا على الصعيد الدولي، و مثاله التأميمات السوفيتية بعد ثورة أكتوبر 1917.

ب- التأميم الإصلاحي و يقع على بعض جوانب النشاط الاقتصادي مقابل تعويض الملاك عنه ،و هذا النوع من التأميم الجزئي لا يثير إشكالات قانونية كسابقه.

ج- تأميم (النمو الاقتصادي) و يوجه للسيطرة على الموارد و الثروات الطبيعية بقصد تحقيق الاستقلال الاقتصادي و التخلص من التبعية الأجنبية.

يعتبر الفقه أن إجراء التأميم يعد حديثا نسبيا ، فقد عرف منذ 1917 في الدستور المكسيكي ثم إثر التأميمات السوفيتية التي تم الاعتراف بها من طرف الدول الغربية سنة 1922 كإحدى المظاهر الأساسية لممارسة السيادة الداخلية، و بعد التأميمات المكسيكية لسنة 1938 و الفرنسية و الانجليزية بعد الحرب العالمية الثانية ، ثم الإيرانية سنة 1951 و المصرية سنة 1952 و الكوبية سنة 1959 و الجزائرية من سنة 1964 إلى غاية 1971 ، و كذلك التأميمات العراقية ، الليبية ، الشيلية و الفترويلية، بعد كل هذه الممارسات **تأكدت مشروعية التأميم في القانون الدولي كحق قائم بذاته لا يدخل تقريره تحت طائلة أي معيار دولي تقليدي**[19]**.**

لم يكن الإقرار بمشروعية التأميم بمعزل عن النظر إليه **كحق سلبي ، إذ يلاحظ بعض الكتاب أن حق التأميم لم يحظى بأي اهتمام في القانون الدولي التقليدي رغم الاهتمام عموما بحقوق الدولة**[20] **في ممارساتها للسيادة ، و بالتالي لا نجد له ذكر في هذا الإطار في حين تم التركيز على حماية حق الملكية الفردية كإحدى واجبات الدولة و من تم و من باب المخالفة ، نفي و إلغاء حق التأميم و عليه فقد أقر كحق سلبي أي خالي من كل مضمون نوعي و من كل قيمة اجتماعية باعتباره إجراء ينتهك حق الملكية الخاصة المقدس لدى أدرج في باب المصادرة.**

---

16 - د/ فتحي عبد الصبور – الآثار القانونية للتأميم و الحراسة الإدارية على الأموال – عالم الكتب القاهرة 1967 ص22.
17-- د/ أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، القانون و السيادة و امتيازات النفط مقارنة بالشريعة الإسلامية – مركز دراسات الوحدة العربية – سلسلة أطروحات دكتوراه – الطبعة الثانية بيروت لبنان 1997 ص 260.
18-- د/ عبد العزيز سعد يحيى النعماني – مرجع سابق ص 91
19-- د/ عبد العزيز سعد يحيى النعماني – مرجع سابق ص 91
20- لمين شريط – حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية – ديوان المطبوعات الجامعية 1985.

و في هذا الاتجاه يعتبر الأستاذ لازار فوكسانيانو **Lazar Focsanoanu** أنه لا وجود لنظرية ذاتية مستقلة تعنى بتأميم و أنه من الواجب أن تحل الصعوبات التي تثيرها هذه الأخيرة – من حيث المبدأ و التطبيق – ، **بالعودة للقواعد العامة لمسؤولية الدول على أساس المساس بتراث - patrimoine - الأجانب**[21].

و يكون من شأن التأميم بمفهوم الفقه الدولي التقليدي استثارة المسؤولية الدولية[22] كما أنه و على اعتبار افتقار التأميم إلى أي تصور قانوني مستقل ، فإنه من الأجدر إدراجه ضمن الإطار العام المتعلق بما يلحق الأجانب و استثماراتهم من مصادرة.

و تجدر الإشارة هنا إلى أن البحث في مضمون التعاريف و المصطلحات المستعملة الخاصة بصور نقل الملكية و مستويات التمييز فيما بينها ، من الأهمية بمكان على الرغم من صعوبة المهمة و دقتها في أحيان كثيرة ، فمن جهة يجب أن يتم نقل ملكية الاستثمار من القطاع الخاص إلى القطاع العمومي و لا يختلف الأمر بشأن أشكال هذا الانتقال و صوره المهم أن يتم الأمر على خلاف إرادة المستثمر، بحيث تنتزع منه العناصر الأساسية المشكلة لحق الملكية أي الحق في الاستغلال و التصرف ، من جهة أخرى يجب أن يترتب نقل الملكية عن الإرادة السيدة للدولة المضيفة و أن يتم التعبير عن هذه الإرادة بصورة مباشرة و صريحة بمناسبة إصدار نص تشريعي أو تنظيمي أو بصورة غير مباشرة تأخذ صورة تصرف جماعات خاصة تكون حيالها الدولة متسامحة – و قد يكون الأمر من ترتيب الدولة – ، ليتم تبنيها من قبل السلطات العمومية في الأخير.

يحاول الفقه[23] التمييز بين مختلف صور نقل الملكية ، ذلك أن نزع الملكية و التأميم تعدان الشكلين الرئيسين لنقل الملكية ، و تتشابه كل من نزع الملكية و التأميم من حيث كونهما إحدى صور تدخل الدولة المضيفة لنقل و تحويل ملكية المشروع بعناصره المختلفة من القطاع الخاص إلى القطاع العمومي ، غير أن الفقه يسجل اختلافات جوهرية بين الإجرائين أثبتتهم الممارسة الدولية.

أ- من حيث الأهداف و الغايات: يتم التأميم لصالح المجموعة الوطنية جمعاء في حين يتم نزع الملكية لصالح الخواص إذا ما تطلبت المصلحة العامة ذلك.

ب- من حيث النتائج : التأميم لا يؤدي إلى تعويض إلا في حدود و ظروف معينة ، بينما نزع الملكية يتطلب تعويضا كاملا سريعا و مسبقا إصلاحا للضرر أي الأخذ بعين الاعتبار ما فات من ربح أو أرباح متوقعة و ما لحق من أضرار محققة ، بحيث يكون التعويض إعادة للوضع إلى ما كان عليه أو على الأقل يسمح بهذه الإعادة ماديا.

ج- من حيث الموضوع: يقع التأمين غالبا على مشاريع ذات أهمية وطنية كبرى – منشآت، وسائل إنتاج، موارد طبيعية خام ...- ، في حين يقع نزع الملكية غالبا على عقارات ومباني بسيطة أو معامل تحويلية صغرى استدعت

21-Lazar Facsaneau – Le risque de nationalisation et sa couverture dans les relations internationales- cité par lamine CHERIET OP CIT PAGE 189.

22- Dominique Carreau, Thiébaut Flory et Patrick Juillard – Manuel Droit International Economique – 3ème édition L.G.D.J 1990 pages 696 et 697.

الضرورة نزعها للمصلحة العامة.

د- من حيث الإجراءات : يتم التأميم بحكم القانون أي بصدور نص تشريعي خاص غير قابل للرقابة القضائية وتحقق المشروعية على اعتبار أنه قرار سيادي سامي يدخل ضمن ممارسة السلطة التقديرية للدولة المضيفة ،في حين يتم نزع الملكية وفقا للقانون العام وبالتالي قد تتخذه سلطات إدارية معينة وفقا لشروط يحددها القانون تكون خاضعة لرقابة القضاء للتأكد من المشروعية. هذه الاختلافات ليست حصرية إضافة إلى كونها تثير خلافات فقهية عميقة.

أما إجراء " السلب أو الإستلاء spoliation الذي يختلف جذريا عن التأميم وعن نزع الملكية ،ذلك أن الفقه الدولي يعتبر تخلف شرط التعويض في إجراء التأميم أو إجراء نزع الملكية يجعلنا أمام إجراءات سلب لملكية المستثمر الأجنبي، ويعتبر الفقه الدولي الإستلاء مصدرا من مصادر إكتساب الملكية الممارس من قبل دولة على إقليم لا يتبع دولة ما بقصد إدخاله في سيادتها [23].

فالإستلاء إجراء **سيادي تباشره السلطة العامة بغرض المصلحة العامة في إقليمها أو خارجه بسبب ولظروف طارئة لا تسمح بالتأخير** ،كظروف الحرب وظروف الكوارث الطبيعية وحدوث وباء **ويتم لفترة زمنية معينة** ، ثم تعاد الأموال لمالكيها ، هذا من حيث الممارسة الوطنية التقليدية، غير أن مفهوم الإستلاء عرف تطورا لم يعد من خلاله مقصورا على الظروف الطارئة والحالة كما أن ممارسته لم تعد مقتصرة على فترات زمنية محددة ، بل أن الإستلاء وخصوصا على العقارات قد يكون تمهيدا لنزع الملكية.

أما إجراء المصادرة فإن الفقه الدولي التقليدي يخصه بمركز خاص بالنسبة لترتيب صور ممارسة إجراءات نقل الملكية الخاصة للأجانب ، إذ أنه يوصف على أنه **إجراء عقابي** ، من حيث أن **الدولة تجازي إجراء أو تصرف فردي من لدن المستثمر يعد مخالفا لقاعدة قانونية وطنية و يتم النطق به أمام القضاء** ، **فالمصادرة إذن إجراء تقوم به السلطة العمومية القصد منه تمليك الدولة بموجب حكم قضائي أموال أو مضبوطات قهرا عن مالكها و بدون مقابل و لا تعويض.**

لقد شهدت نقاشات الفقه – القانون الدولي الاقتصادي خلال عشريتي الستينات و السبعينات- ، مواجهات حادة بين الدول النامية المدافعة على مبادئ السيادة الدائمة على الثروات و الدول الصناعية المدافعة من جهتها على سيادة مبادئ القانون الدولي التقليدية ، و كان موضوع التأميم و نزع الملكية أبرز المسائل الفقهية لهذه المواجهات و بإمكاننا تلخيص فحوى و جوهر هذه المواجهات في السؤال الكبير التالي : **هل يسمح القانون الدولي للدول المضيفة بإعمال سلطتها التقديرية بشأن تكريس و تطبيق إجراءات التأميم و نزع ملكية الاستثمارات الدولية ؟.**

Le droit international permet il aux Etats de procéder en leur total discrétion à l'expropriation ou à la nationalisation des investissements internationaux ?[24]

23- د- محمد حافظ –مبادئ القانون الدولي - مطابع نهضة مصر الطبعة الرابعة 1964 ص 358.

24- Fouilloux –La nationalisation en Droit International Public- Paris L.G.D.J 1962 Cité par Droit International Economique op cit page 690.

بعبارة أخرى هل أن الدولة المضيفة حرة في مجال تقرير و ممارسة إجراءات التأميم و نزع الملكية الخاصة للاستثمارات الأجنبية المقامة على أراضيها و ضمن اختصاصاتها القانونية و القضائية ؟
اعتبر الفقه الغربي أن هذه الإجراءات تعد غير قانونية لأنه من شأنها الإخلال بموازين القوة بين الدولة المستقبلة للاستثمار من جهة و المستثمر الأجنبي و الدولة التابع لها من جهة أخرى ، كما أن هذه الإجراءات تثير إشكالات قانونية بشأن حدود الممارسة و أشكالها و المسؤولية الدولية المترتبة عليها ، الدول النامية من جهتها اعتبرت أن موضوع التأميم و نزع الملكية و ممارستها مرتبط بمبدأ السيادة الوطنية للدول الذي يخول للدولة المضيفة تأميم أو نزع ملكية الاستثمارات المقامة من قبل رعاياها الوطنيين أو الأجانب على حد سواء ثم **إن الأجنبي الذي يقدم على الاستثمار خارج حدود دولته الوطنية يكون على استعداد لمثل هذه الإجراءات السيادية.** فاختلاف إذا انصب على الموازنة بين مبدأين متناقضين **"مبدأ التوطين"** – القانون الداخلي – **ومبدأ التدويل** – القانون الدولي **-.**

إن الممارسة الدولية اتجهت بخلاف نظرية التدويل الذي دافعت عنها الشركات المتعددة الجنسيات و الدول الصناعية بشكل عام بشأن حماية الاستثمارات من مخاطر التأميم و نزع الملكية، و بتحليلنا لمضامين و نتائج تلك النظرية نستطيع أن نحدد بشكل إجمالي القواعد التي تقوم عليها و هي:

1- اعتمادها للعقد الرابط بين الأجنبي و الدولة المضيفة كتصرف دولي مرتب لالتزامات دولية ، جاعلة من المستثمر الأجنبي شخصا من أشخاص القانون الدولي.

2- إقرارها في أحيان أخرى بأن العقد عقدا داخلي غير أنه و بالنظر للآثار القانونية التي يرتبها خارج إقليم الدولة المضيفة، فهو يخضع بالتالي لأحكام القانون الدولي في مجال حماية الاستثمارات.

3- ترتيبها لتصورات و نظم قانونية جديدة تدور حول العقد فلا هي بالقانون الداخلي و لا بالقانون الدولي.

من جهة أخرى فإن القضاء الدولي أكد الممارسة الدولية المستبعدة لمبدأ التدويل ، فقد قضت محكمة العدل الدولية الدائمة في العديد من المناسبات و خاصة في قضية القروض الصربية أن **كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها أشخاص القانون الدولي ، يجد أساسه و سنده في القانون الوطني.**

هذا الاتجاه أكدته فيما بعد محكمة العدل الدولية و بالخصوص في قضية الشركة الإنجليزية الإيرانية للبترول ، حيث رفضت اعتبار العقد المبرم بينهما عقدا مزدوجا " **إن المحكمة لا يمكن أن تقبل الرأي الذي يعتبر العقد الموقع بين حكومة إيران و الشركة الانجليزية الإيرانية للبترول عقدا مزدوجا ، فهذا ليس أكثر من عقد امتياز بين حكومة و شركة خاصة أجنبية ، و حكومة المملكة المتحدة ليست طرفا فيه و لا يوجد أية رابطة بين حكومة إيران و حكومة المملكة المتحدة**[25] **".** من جهة أخرى فإن قرار التحكيم في قضية طوبكو TOPCO أقر بمبدأ السيادة بشأن ممارسة إجراء التأميم و نزع الملكية[26].

25- لمين شريط مرجع سابق ص 196

26- Le droit d'Etat de procéder à des mesures d'expropriation ou de nationalisation n'est pas aujourd'hui contestable. Il résulte du droit international coutumier, établi à la suite de pratiques concordantes considérées par la communauté internationale comme étant de droit. L'exercice de cette compétence étatique et considérée aujourd'hui comme l'expression de sa souveraineté territoriale manuel Droit Economique International op cit page 696

بما أن مبدأ السيادة هو الذي يفسر ويبرر حق الدولة في ممارسة التأميم ونزع الملكية ، فإنه بإمكاننا تصور قيام نفس الدولة بوضع حدود مقلصة لهذه الممارسة قصد حماية الاستثمارات الدولية المقامة على أراضيها ، ثم إنه يمكن أن نتصور الآثار القانونية المترتبة عن هذا التقليص أو التخلي عن المستويين الداخلي والدولي.

نلاحظ إذن التجاذب القوي الموجود بين **مبدأ السيادة** في مجال الإقرار وممارسة إجراء التأميم ونزع الملكية **ومبدأ حماية الاستثمارات الأجنبية.** فكيف كانت الممارسة على المستوى التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية وتطورها في هذا الشأن.

ثانيا التشريعات الوطنية للدول المضيفة.

أ- التجربة الجزائرية وتطورها:

إن المغزى المتوخى من تناول التجربة الجزائرية عبر التطور النوعي الذي شهدته ، إنما هو محاولة تتبع النظم القانونية التي كرسها المشرع في مجال تأطير إجراء التأميم ونزع الملكية بصفة عامة وإجراءات نقل الملكية الخاصة بالأجانب عموما ، وذلك على مستوى النصوص الدستورية التأسيسية والقوانين الخاصة بالاستثمار.

وتجدر الإشارة بداية أن موقف الجزائر بشأن معاملة الاستثمار الأجنبي عموما وإجراءات نقل الملكية التي قد تلحقه خصوصا، أنما كان مرتبطا بطبيعة النظام السياسي السائد و بتالي الخيارات الاقتصادية والمواقف الدولية المترتبة عنه والمرتبطة به .

لقد شهدت مرحلة النصف الأخير من الستينيات وعشرية السبعينيات[27] من القرن الماضي ، اهتماما على الصعيد القانوني بكيفية التخلص من المعاهدات اللامتساوية [28] المترتبة على اتفاقيات إفيان ، كما عدت التجربة الجزائرية نموذجا من حيث إثارتها لإشكالات قانونية متصلة أساسا بتأميم وحق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية ، وتم ذلك بالمساهمة النظرية والفقهية وكذلك من خلال المنظمات الدولية والممارسة العملية التطبيقية ، حيث أممت الجزائر في 1964 الصناعات الغذائية ومؤسسات مواد البناء والمنتوجات الكيماوية كما أممت في سنة 1966 الثروات المنجمية وفي مجال المحروقات بدأت سياسة التأميمات منذ 1967 وانتهت سنة 1971 بتأميم الشركات الفرنسية العاملة في مجال المحروقات[29].

ولنا أن نلاحظ أن الدولة الفرنسية لم تطعن في " **حق الدولة الجزائرية في تأميم أملاك الشركات العاملة في قطا ع اقتصادي معين والكائنة على إقليمها ،طالما أقرت أعلى سلطة جزائرية بمبدأ التعويض** " غير أن السلطات الفرنسية عبرت على احتجاجها معتبرة أن استعمال حق التأميم جاء على حساب اتفاقيات الامتياز الجزائرية الفرنسية 1962-1965 إضافة إلى روح التفاوض المعبر عنها من الجانب الجزائري.

27- لقد تم تجنب الخوض في مرحلة حكم الرئيس أحمد بن بلة من جهة لقصر فترة الحكم واقتصارها على أداة أو أسلوب " الأملاك الشاغرة -les biens vacants- المرسوم رقم 62/20 الجريدة الرسمية للدولة الجزائرية 1962/09/07.

28- يعرف الأستاذ بول رويتر المعاهدات اللامتساوية بأنها تلك المعاهدات التي لا يكون فيها توازن متبادل لمنافع مشتركة Paul RENTER –Introduction au droit des traités Paris A. Colin page 258.

وبالرغم من أن المعاهدات اللامتساوية كانت موجودة منذ القدم في العلاقات الدولية فإن الفكر الاشتراكي هو الذي جعل منها فقه خاصا بإنشائه نظرية المعاهدات اللامتساوية التي تسمح بنقض مثل هذه المعاهدات لعدم مشروعيتها إلا أنه لا بد من تمييزها عن معاهدات السلم التي توقع على إثر حرب التي تعتبر موضوعيا معاهدات لامتساوية ولكنها مشروعة فاتفاقيات إفيان رغم أنها وقعت لإنهاء الحرب والاستعمار الفرنسي عموما وتنظيم الأوضاع المترتبة عن ذلك فإنها تعتبر اتفاقيات لا متساوية وغير مشروعة باعتبار أن الثورة الجزائرية كانت ثورة منتصرة لكنها لم تستطع فرض إرادتها على الطرف الفرنسي أثناء المفاوضات ذلك أنه وبالنظر لضر وف التي أحاطتها والضر وف التي كانت تعيشها الجزائر خلال تلك الفترة مكنت الطرف الفرنسي من أن يجعل منها اتفاقية غير متساوية لصالحه بحيث أنها لم تكن تحقق توازنا متبادلا بين الأطراف كما أن السلطة الجزائرية لم تكن راضية تماما على مختلف بنود الاتفاقيات وللإشارة فقد وقعت الجزائر مع فرنسا على إثر الاستقلال مباشرة – 1962 -1963- 17 بروتوكولا و9 معاهدات – 4 اتفاقيات و3 تبادل للرسائل وتصريح عام وتصريحين خاصين راجع الأمين مرجع سابق ص51.

29- Rabah MAHIOUT –Le Pétrole Algérien – édition A.D Alger 1974 page 144 et 146.

فالجانب الفرنسي اعتبر قرارات التأميم " **مخالفة للالتزام الذي أخذته الجزائر على عاتقها والمتمثل في إبقاء كافة الحقوق المتعلقة بالسندات المنجمية وسندات نقل المحروقات طيلة مدة الاتفاق"**، فإذا علمنا أن الاتفاق الموقع في سنة 1965 و الذي حددت مدة سريانه بـــ 15 سنة فإن أهم مشكلة طرحت على صعيد القانون الدولي هو مدى مشروعية التأميمات الجزائرية بالنظر إلى الاتفاقيات المذكورة و التعهدات المرتبطة بها ؟

مهما يكن من أمر فإن موقف الجزائر خلال هذه الحقبة إزاء مسألة التواجد الاقتصادي و الاستثماري الأجنبي بشكل عام وممارستها لتدابير التأميم و نزع الملكية بشكل خاص ،إنما كانت انعكاسا للتوجه السياسي المختار و المعبر عنه عبر النصوص التأسيسية والتشريعية خلال هذه الحقبة الغنية من تاريخ الجزائر.

لنا أن نلاحظ أن الأمر 66-184 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 المتضمن تقنين الاستثمارات، يعد الأداة القانونية الأولى – خلال المرحلة التالية لسنة 1965 – الذي يقدم لنا بعض الإجابات عن الموقف الرسمي إزاء تدابير نقل الملكية – أي التأميم ونزع الملكية إضافة إلى الأشكال الأخرى لتدخل سلطة الدولة المضيفة- ، حيث تنص المادة 8 " في الحالة التي تستلزم فيها المصلحة العمومية **"استرجاع الدولة"** لمؤسسات تنتفع من أحكام هذا القانون، فلا يمكن إقرار تدبير كهذا إلا بموجب نص ذي صفة تشريعية **وقد** يشتمل ذلك التدبير بحكم القانون ، إسنادا لهذا الأمر، دفع التعويض المساوي للقيمة المحددة بمواجهة الخبراء ....وذلك في مهلة أقصاها تسعة أشهر".

« *Au cas où l'intérêt public exigerait impérativement la reprise par l'Etat d'entreprise bénéficiant des dispositions du présent code, une telle mesure ne pourrait être prononcée que sur un texte à caractère législatif. Elle comporterait de plein droit, en vertu de la présente ordonnance, paiement dans un délai maximum de neuf mois d'une indemnité égale à la valeur nette, fixée contradictoirement à dire d'expert, des éléments patrimoniaux repris par l'Etat* ».

إن القراءة الأولية لهذا النص تجعلنا نلاحظ أن المشرع تفادى استعمال مصطلحي " تأميم ونزع الملكية" ، بالرغم من نصه على مدلولهما [30] والأحكام المترتبة عنهما (**...تستلزم فيها المصلحة العمومية استرجاع الدولة ...)** ، غير أن إشتراط إقرار التدابير لا يمكن أن يتم إلا بموجب (**نص ذي صبغة تشريعية)** ، مما يؤدي بنا إلى القول أن المشرع الجزائري خلال هذه المرحلة كان يأخذ بإجراء التأميم كأداة لنقل الملكية هذا إذا ما إعتمدنا التصنيف والتفرقة – المشار إليها في مقدمة المبحث- المقدم من قبل الفقه بين التأميم ونزع الملكية والتدابير الأخرى الناقلة للملكية، يبدو من جهة أخرى رداءة الصياغة الخاصة بالمادة – **على الرغم من أهميتها** – ونحن نعتقد أن النص الأصلي إنما تمت كتابته باللغة الفرنسة ليتم ترجمته فيما بعد إلى العربية ، فاستعمال كلمة استرجاع هي ترجمة غير دقيقة للفظ الفرنسي reprise ، ذلك أن كلمة استرجاع تعني لغة استعادة شيء كان في الأصل ملكا لي أو هو في الأصل ملك لي ، يبدو أن المشرع كان حريصا على تجنب التلفظ بعبارة التأميم مما جعله يقع في عبارة غير دقيقة ومنقوصة الدلالة القانونية.

أما مسألة التعويض وعلى الرغم من النص الصريحة عليها غير أنها ليست بالضرورة مرتبطة بالتدبير الممارس بقصد " استرجاع الدولة لمؤسسات.."بحيث أن نص المادة يقول "..**وقد** يشتمل ذلك التدبير بحكم القانون...دفع تعويض"

30- Walid El Aggoune Op cite page 158.159.et 160

ونفس الشيء بالنسبة للنص باللغة الفرنسية "*Elle comporte rait*" » . يعني هذا أن مسألة التعويض تبقى مرتبطة بالسلطة التقديرية للدولة بإعتبارها هي المستفيدة من إجراء " الإسترجاع"

هذا ما يؤدي بنا إلى القول بإمكانية تصور إعتمادا على نص المادة 8 لممارسة تدبير أو إجراء **التأميم** كلما تضمن النص التشريعي المكرس له **تقديم تعويض،**كما يمكن تصور تدابير أخرى **"تسترجع"** من خلالها السلطة العمومية الملكية **دون تقديم أي تعويض.**

إن موقف المشرع الجزائري جاء من حيث المبدأ متسقا مع مواقف الدول النامية حديثة الإستقلال داخل الجمعية العامة للأمم المتحدة بخصوص إشكالية التعويض [31]، ذلك أنها كانت تعتبر أنه لا يوجد بالفعل قواعد قانونية ومبادئ عامة متفق عليها فقهيا وعمليا بشأن التعويض ، وهذا ما أكدته التجارب التأميمية التي تمت بأشكال مختلفة ومنها عدم تقديم تعويض ، وتجدر الإشارة أن موقف الدول النامية خلال هذه الفترة من مسألة التعويض إنما كانت تنبني على مرجعية فقهية دافع عنها العديد من الأساتذة[32] أنتقدت من خلالها **نظريات الحقوق المكتسبة والإثراء بلا سبب ونظرية المسؤولية التعاقدية ،**[33] التي كانت تسبب التعويض وتدافع عن مشروعيته ، من جهة أخرى فقد إعتبر البعض الأخر من الأساتذة [34] أن الحق في التنمية يؤدي إلى إقرار جواز عدم تقديم التعويض ، معتبرين أن البلد النامي إنما يقوم باستعادة واسترجاع ثروات استعملت لإثراء غير عادل للدول الأجنبية المصدر لرؤوس الأموال ، ولأن البلد النامي عاجز عن تقديم التعويض من الناحية الموضوعية لأنه لو فعل ذلك فسيتم ذلك على حساب اقتصاده وتنميته وهو الشيء الذي من شأنه عرقلة ممارسة السيادة الدائمة على الثروات .

وإذا كان التأميم في هذا الإطار – عملا تنمويا – ، فإن تقديم التعويض يعد مصدر أخر للاستمرار إستغلال وإفقار للبلد النامي وإهدارا لتنميته.

يبدو أن المشرع الجزائري من خلال المادة 8 قد أقام تفرقة صريحة بين الاستثمارات التي تنتفع من أحكام هذا الأمر أي تلك المؤسسات التي أقامت استثمارها في عهد الإستقلال – أي تلك التي قبلت بتواجدها السلطة – ، وغيرها من الاستثمارات المقامة قبل الإستقلال والتي عبرت الجزائر عن رفضها الإقرار بمشروعيتها وذلك لإقامتها دون رضاها، وبرفضها الإعتراف بمشروعيتها فهي ومن باب أولى لن تمكنها من التعويض ، كما لا يمكن القول بالتعويض لمثل هذه الاستثمارات إعتمادا على نظرية التعاون الدولي[35].

31- ادا كان التأميم و مدى مشروعيته قد أصبح من المسائل المفصول فيها في القانون الدولي فان التعويض عنه يبقى أكثر الإشكالات المهتم بها في الفقه والتحكيم الدوليين.

32- Abdelkader BOYE – L'acte de nationalisation- Berger levranlt 1979 page 93 cité par Amine CHIRIET op cite page 220.

33- تنطلق هذه النظرية من كون حقوق الأجانب ذات طابع تعاقدي وتجد أساسها في العقد المبرم بين الدولة وأصحاب تلك الحقوق – عقد الدولة -.

34- M.BEDJAOUI –Pour un Nouvel Ordre International- UNESCO 1979 page 22.

35- يعتمد الفقه المدافع عن نظرية التعاون الدولي في أن الدولة المؤممة تحتاج إلى رؤوس أموال أجنبية لتحقيق تنميتها ويؤدي التأميم بدون تعويض إلى هروب المستثمرين الأجانب ومن تم تضررها بتوقف مشاريعها التنموية، ولذا فإن مصلحة الدولة في التعاون الدولي تقتضي الحفاظ على هذا التعاون واستمراره عن طريق التعويض ، الأمين شريط مرجع سابق ص 235.

لقد عبرت الجزائر عن موقفها القائل أن إستغلال الثروات الطبيعية خلال مرحلة ما قبل الاستقلال يستتبع تقديم تعويض للدولة صاحبة الثروات الطبيعية وليس العكس ، وبالتالي وإعتمادا على مبدأ وحق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية فإنه لا يوجد أي سند قانوني دولي للتعويض عن تأميم الممتلكات والإمتيازات الأجنبية التي اكتسبت قبل نشوء الدولة المستقلة [36]، و عليه فإن التعويض يبقى محتمل التحقق لارتباطه بإدارة الدولة النامية ثم إن طبيعة التدبير الممارس يختلف نعته بحسب إقرار هذه الدولة التعويض من عدمه.

لقد جاء دستور 22 نوفمبر 1976 (*) كنص تأسيسي مكرس لنفس المبادئ المعبر عنها من خلال الأمر66-184 - مع ملاحظة الفروق بالنظر إلى طبيعة الصياغة و البعد النظري السياسي للدستور – في مجال تناوله لمبادئ نقل الملكية الخاصة و مسألة التعويض مع الإشارة إلى أن صدور دستور 1976 جاء بعد **ممارسة عملية لعدد من التأمينات** كما سبق بيانه.

تنص المادة 17 من دستور 1976 " أن نزع الملكية لا يمكن أن يتم إلا في إطار القانون و يترتب عنها تقديم تعويض عادل و منصف لا يمكن معارضة أي إجراء لنزع الملكية من أجل المصلحة العامة بسبب اتفاقية دولية".

تجدر الإشارة كما يقول الأستاذ بجاوي أن نص المادة 17 تعد خصوصية جزائرية صرف في مجال مضمون النصوص التأسيسية، على اعتبار أن نص هذه المادة يؤدي بنا إلى القول أن أحكام الاتفاقيات الدولية الموقع عليها من قبل الدولة الجزائرية لا يمكن إثارة موادها و مضامينها في مواجهة نص قانوني جزائري منظم لنزع الملكية ، في هذا الإطار و كما يتصور الأستاذ بجاوي [37] يمكن احتمال وجود نص تشريعي مكرس لنزع الملكية من أجل المصلحة العامة على عقار مشتمل على بناء رسمي لدولة أجنبية محمي بمعاهدات فيينا الخاصة بالامتيازات و الحصانة الدبلوماسية و القنصلية فإنه و بحسب الأستاذ بجاوي و تطبيقا لنص المادة 17 من دستور 1976 فإن التدبير العمومي يسبق من حيث النفاذ المعاهدة الدولية حتى و لو تعلق الأمر بتلك المنظمة للامتيازات و الحصانة الدبلوماسية و القنصلية [38] .

إن هذا الموقف الصريح إنما يجد ما يبرره إضافة إلى الممارسة العملية -كما سبق القول- لأشكال نقل الملكية و التنظير على مستوى الفقه ، السياق العام الذي طبع العلاقات الاقتصادية شمال - جنوب خلال تلك الحقبة و ما رتبه من نقاشات – كما سبق التوضيح – داخل هيئات منظمة الأمم المتحدة.

لقد كانت الجزائر من المدافعين الأوائل لوضع تصور جديد لمفاهيم ومبادئ القانون الدولي الاقتصادي يسمح بمشاركة كل الدول، ذلك أن القانون الدولي التقليدي كما يصفه البروفيسور شرمان [39] **"ما هو إلا مجموعة نظم شكلية غير مرتبطة بفحواها الموضوعي"** ، تقدم إذن الجزائر من خلال دستور 1976 [40] تصورا عمليا لما يجب أن تكون عليه العلاقات لا بل و القانون الدولي فهي تناضل من أجل قانون دولي من نوع آخر قائم على المشاركة من دون إقصاء و بعيد عن كل أشكال الهيمنة التقليدية و

36- لمين شريط مرجع سابق ص 238

(*)- تم اعتماد دستور 1976 عن طريق الاستفتاء المنظم في 19 نوفمبر 1976 و تم نشره بالأمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 الجريدة الرسمية رقم 94ل24 نوفمبر 1976.

37-M.Bedjaoui –Aspects internationaux de la constitution Algérienne A.F.D.I 1977 Page 74.

38- الملاحظ أن الأستاذ بجاوي يقدم مثال تأميم عقار تابع لدولة أجنبية و ليس استثمار دولي خاص.

39-Charles CHAUMONT –Cours de Droit International Public – Recueil des cours de l'académie de Droit International 1970 tome 130 vol 1 page 343 cité par M.Bedjaoui op cite page 84 la traduction et faite par l'étudiant. « Cet ordre juridique n'est – qu'un ensemble de normes formelle détachées de leur contenu concret .....Un mélange de civisme et d'illusion » –.

40- يعد الميثاق الوطني ل 27 جوان 1976 المرجعية النظرية لدستور 22نوفمبر 1996.

احتراما للسيادة الدائمة للدول ، السلام ، التنمية و التعاون بين الدول و الشعوب" [41]

يقدم دستور 1976 من جهة أخرى ، تصورا جديدا لمفهوم السيادة **بحيث يجعل من البعد الاقتصادي العامل الحقيقي المحدد لها** ، ذلك أن سيادة الواجهة مع الإبقاء على الإرتباط الاقتصادي المستغل من لدن الدول الصناعية و شركاتها المتعددة الجنسيات من شأنه الإبقاء على الأشكال القديمة للهيمنة و سيطرة الإمبراطوريات الاقتصادية التقليدية [42] للشركات المتعددة الجنسيات و للدول التي تحميها.

لدى فإن **مبدأ الاستغلال الاقتصادي** أصبح مبدأ دستوريا تعمل الجزائر على تقريره و ممارسته ضمن المفهوم الجديد **للقانون الدولي للمشاركة** ، الذي تبنت الدفاع عنه من خلال الدفاع عن حق الشعوب في السيادة الدائمة على ثرواتها ، منع كل أشكال التدخل غير الشرعي في الشؤون الاقتصادية للدول – مبدأ توطين إجراءات نقل الملكية – تحريم استعمال القوة و كل أشكال الضغط في العلاقات الاقتصادية و التجارية الدولية ، و بالتالي و كما يلخص الأستاذ بجاوي موقف دستور 1976 فهو **"يقدم تقويما جديدا لمصطلح السيادة من حيث ربطها بمشكلة التنمية ... و هو مقصد نظرية النظام الدولي الاقتصادي الجديد** [43] .

لقد كانت هذه المرحلة من التاريخ المؤسساتي و العمل الدولي للجزائر من الغزارة بحيث يكون من المستحيل – على الأقل على مستوانا – الوقوف على كامل تجليتها خاصة بشأن حق الشعوب في تأميم و استرجاع مواردها .

لقد ميز بداية الثمانينيات صدور قانون 21 أوت 1982 كنص تشريعي منظم للاستثمارات الخاصة الوطنية و تأتي أهمية هذا القانون على الرغم من توجهه إلى الاستثمارات و المستثمرين الخواص الوطنيين [44] ، من حيث كونه و بعد مرور 6 سنوات فقط من صدور دستور 1976 - و الذي كان ساري المفعول - تكريسا لاستبعد المشرع الجزائري النص على إمكانية ممارسة تدابير نقل الملكية، صحيح أن إجراء مقارنة بين تشريعي 1966 – أي الأمر رقم 66 – 284 المؤرخ في 15 سبتمبر 1966 المتضمن تقنين الاستثمارات – و قانون 1982 – القانون رقم 82 – 11 المؤرخ في 21 أوت 1982 المتعلق بالاستثمار الوطني الخاص – ، من الصعوبة بمكان سواء من حيث الأشخاص المخاطبين – الاستثمارات و المستثمرين الأجانب خصوصا بالنسبة لأمر 1966 و الاستثمارات و المستثمرين الخواص الجزائريين فقط بالنسبة لقانون 1982 - أو من حيث السياق العام السياسي و الاقتصادي المواكب [45] لصدور قانون 1982 ، **غير أنه لنا أن نتساءل كما يفعل الأستاذ العقون بشأن التفسير القانوني الذي يمكننا تقديمه حيال سكوت المشرع عن التأميم و نزع الملكية في قانون 1982 خاصة أنه لا يمكننا إرجاعه إلى مجرد نسيان؟**

41- مقطع من خطاب الرئيس هواري بومدين امام رؤساء الدول غير المنحازة 1973 الاستاد بجاوي مرجع سابق ص 85.

42- M.BEDJAOUI OP.CIT Page 87.

43- M.BEDJAOUI OP.CIT Page 87.

44- Walid LAGGOUNE Le contrôle de l'état sur l'entreprise privée industrielle en Algérie les éditions internationale 1996. Op. cit page 158 .

45- - و لوج نداءات مطالبة بفتح المجال الاقتصادي خاصة في مجال التجارة الخارجي.

بداية تكمن أهمية الإشارة إلى قانون 82 – 11 المتعلق بالاستثمار الخاص الوطني من حيث أنه يشكل حلقة ثانية في مجال التطور الذي عرفته البنية التشريعية و التأسيسية للجزائر المنظمة للاستثمار، ثم إن محاولة تقديم بعض الإيضاحات – و ليس الأجوبة – لتساؤلنا السابق تعود بنا لملاحظات اللجنة المركزية لجبهة التحرير الوطني بشأن القطاع الخاص الوطني و دوره في تحقيق التنمية الوطنية ، الفاعل الأساسي من الناحية السياسية للتقدم بمشروع القانون ، و لقد أكدت لوائح اللجنة المركزية على **تقديم أكثر الضمانات الكفيلة بحماية الاستثمارات الوطنية الخاصة ، تفعيلا إذن لهذا الدور ارتأى المشرع تجنب النص على التأميم** [46] ، و لكن هل أن عدم النص يعني أن الدولة الجزائرية تبنت موقفا معاديا للتأميم و نزع الملكية ؟ و هو الأمر الذي يناقض من جهة الدستور و التوجه التنموي الذي تبنته الجزائر ، أي إقامة مجتمع اشتراكي قوامه الملكية العمومية لوسائل الإنتاج ؟[47] يعتقد الأستاذ لعقون **أن التصور السياسي و الاقتصادي الجديد الذي تبع وفاة الرئيس هواري بومدين حتم ضرورة تقديم إشارات إيجابية في اتجاه رؤوس الأموال الوطنية قصد الإبقاء عليها داخل البلاد من جهة ، و تفعيل دورها الاقتصادي.**

غير أن هذا التوجه إذا ما دققنا التحليل من شأنه تعقيد الأمور أكثر بالنسبة للمستثمرين الخواص الجزائريين ، على اعتبار أن مسألة التأميم و نزع الملكية أداتين قانونيتين لا يمكن للدولة النص على تحريمهما ثم إن عدم النص عليهما بقصد طمأنة المستثمرين فإن هذه "الطمأنينة" المرجوة لا يمكن أن تكون إلا ظرفية ، ذلك أن إمكانية اللجوء إلى هذه التدابير تبقى واردة و في هذه الحالة فان المستثمر الوطني الخاص يجد نفسه من دون أي غطاء تشريعي يضمن له من جهة الممارسة القانونية للتدبير الناقل للملكية – لغياب النص – و تمكينه من تعويض مقنع اعتمادا على قواعد قانونية واضحة و معلومة مسبقا من جهة أخرى ، و هو الشيء الذي يمنح للإدارة سلطة تقديرية واسعة[48].

إن هذا الموقف المتردد و المتذبذب يبين طبيعة المرحلة التي عرفتها الجزائر خلال الثمانينيات على الصعيد الاقتصادي ، إذ يمكننا القول أن المشرع الجزائري عبر قانون 1982 حاول التعبير عن توجه جديد في مجال الحماية القانونية للاستثمارات و لكن **بتقديمه نص مقتضب و مناقض لنصوص صريحة من الدستور** [49] .إن هذا الخلاف والإختلاف في المعاملة والخطاب القانوني بين **الاستثمارات الأجنبية** – الأمر رقم 284-66 **والاستثمارات الخاصة الوطنية** – قانون 82-11- حاول دستور 1989 تجاوزها.

تعود بوادر التحول الجذري للموقف الرسمي اتجاه التواجد الاستثماري الخاص سواء كان وطنيا أو أجنبيا ، إلى موجة الإصلاحات الاقتصادية التي عرفتها البلاد نهاية الثمانينات والتي تميزت بالتخلي الكامل – أو على الأقل محاولة دلك- للدولة عن أي دور اقتصادي مع تركيز أكبر لعلاقاتها مع المتعاملين الاقتصاديين الخواص أو العموميين إعتمادا على قواعد القانون الخاص [50].

46- Walid LAGGOUNE Op. cit page 160.

47- Art 13 de la constitution 1976.

48- « En éludant le problème des nationalisation, le législateur évacue en réalité ses conditions d'intervention, et les modalités d'indemnisation. Les entreprises qui seraient touchées se trouveraient dépourvues de garanties nécessaires sur la base desquelles elles feraient prévaloir leur droit en cas de recours juridictionnel. Paradoxalement le code des investissements de 1966 offrait plus de garanties en prévoyant que la nationalisation ne pouvait s'effectuer que dans le cas ou l'intérêt l'exigerait » Walid LAGGOUNE Op. cit page 161.

49- إن انعدام هيئة مكلفة بمراجعة مدى دستورية القوانين خلال تلك الفترة يفسر الإبقاء على هدا التناقض.

50- قوانين الإصلاحات الاقتصادية هي قانون 88-01 و المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية و القانون رقم 88-03 المتعلق بصناديق المساهمة و القانون 88-04 المعدل و المتمم للامر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري.

لقد شكل قانون 88-25 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المنظم " **لتوجيه الاستثمارات الخاصة الوطنية**" المعدل لقانون 82-11 البداية الأولى لتنازل الدولة على نظام الرقابة الوقائية « Régime de contrôle préventif" القائم تحديدا على **إشتراط الإعتماد المسبق والإلزامي** من قبل الإدارة قبل إنشاء أي مؤسسة ذات خواص وأهداف اقتصادية ، ولكن **هل أن هذا التوجه الجديد يسمح لنا بالقول أن المشرع وبتخليه على النظام الرقابي قد إعتمد نظاما أكثر ليبرالية تجاه الاستثمار الوطني الخاص ، علما أن دستور 1976 ماتزال قواعد التأسيسية سارية من حيث المبدأ على الأقل؟**

إن طبيعة التحليل الحقوقي تدفعنا إلى محاولة تأطير هذا التوجه في التعامل من قبل المشرع ، ولا يسعنا إلا أن نتحدث على إقرار حريات أكثر في مجال النشاط الاقتصادي الخاص على الرغم من أن هذا الإقرار لم يأتي بشكل مباشر وإيجابي إنما جاء في شكل عير مباشر و سلبي بإلغاء شرط الإعتماد ، بعبارة أوضح فاءن مضمون القانون 88-25 **في مجال إقرار الحريات إنما جاء شكليا ولم يناقض نظرية الدولة وتوجهها الموضوعي**[51].

وتجدر الإشارة هنا إلى التفاوت إن لم نقل التناقض الذي رتبه تشريع 88-25 ودستور 1976 بشأن الملكية الخاصة ودورها في الاقتصاد الوطني خاصة أن القانون يجعل من مواد الدستور رقم 16-17-28-29-30-151-152 مرجعا له. ذلك أن دستور 1976 يقيم شرطين لتواجد وممارسة الاستثمارات الخاصة بشكل عام : **المساهمة في تنمية البلاد وأن يكون لها منفعة اجتماعية** ولتحقيق هذين الشرطين أقام الدستور تفرقة بين ما أسماه **بالاستثمارات المستغلة والاستثمارات غير المستغلة** ، كما أنشأ رقابة وقائية لتفرقة والتمييز بين الشكلين هذه الرقابة الواسعة التي تمنح بشكل مباشرة سلطة تقديرية كبيرة للإدارة . إن " سقوط " مبدأ الوقاية عبر قانون 88-25 يجعلنا نلاحظ مايلي:

أ- إنحصار التفرقة – عمليا على الأقل – المقامة من قبل الدستور – المادة 16 – بين ملكية خاصة مستغلة وملكية خاصة غير مستغلة بالنظر إلى وجود أو عدم وجود الإعتماد المسبق المشروط في قوانين الاستثمار لسنوات 1966- 1982 ، عبر قانون 1988 تم إعادة تأهيل لما كان يعد ملكية خاصة مستغلة.

ب- إن إستبعاد شرط الإعتماد المسبق من قبل الإدارة وبالتالي إستبعاد سلطتها التقديرية الواسعة من شأنه فتح مجالات استثمارية واسعة للقطاع الخاص عموما ، عدا تلك المجالات المنصوص عليها في المادة 05 من القانون رقم 88-25 أي النشاطات الاقتصادية ذات الأهمية الإستراتيجية والمحددة في قانون التخطيط ، وهو الأمر الذي من شأنه تحديد أكثر لمفهوم " ملكية الدولة " المنصوص عليها في المادة 13 من دستور 1976 والموصوفة بكونها أسمى أشكال الملكية الاجتماعية.

51-« L'orsq'une activité est soumise à l'autorisation préalable c'est qu'elle est interdite. Par conséquent la disparition de l'autorisation marque un retour à la liberté ». W.LAGGONE – La réforme du régime juridique des investissements privés – la loi du 12 juillet 1998 relative à l'orientation des investissements privés nationaux- revue Algérienne No 02 Mars 1989 page 287.

بتخلي المشرع عبر قانون 88-25 عن شرط الإعتماد المسبق للمؤسسة والاستثمار الخاص ، يكون قد أقام تمييزا جديدا فيما بين الاستثمارات الخاصة قوامه مدى الإرتباط المجود بين الاستثمارات الخاصة والأولويات الاقتصادية الوطنية المحددة عبر التخطيط ، أي الاستثمارات الخاصة المقامة في إطار النشاطات ذات الأولوية والاستثمارات الخاصة المقامة في إطار النشاطات غير ذات الأولوية .

يمكننا القول أن المشرع الجزائري وإلى غاية صدور قانون 88- 25 عمل **على الإبقاء على التصور الرسمي المكيف لدور الملكية الخاصة بصفة عامة والاستثمارات بصفة خاصة ، بما لها من علاقة مع الدولة** بإعتبار هذه الأخيرة **" المقاول الأول في البلاد والمستثمر الأول كذلك "** [52] وما طبع ذلك التكييف من تطور متردد ومتناقض بين القواعد التأسيسية المعبر عنها عبر الدستور والمواد القانونية التنظيمية المنصوص عليها في التشريع ، وهو الشيء الذي حاول تجاوزه دستور 1989 وتم تأطيره إلى حد ما عبر المرسوم التشريعي رقم 93-12.

يشكل دستور 1989 ميلاد الجمهورية الثانية للدولة الجزائرية الحديثة ، وذلك بالنظر إلى ماكرسه من مبادئ تأسيسية سواءا من الناحية السياسية – التعددية الحزبية خاصة – أو من ناحية التوجه الاقتصادي المنتهج – تكريس صريح لمبدأ عدم تدخل الدولة[53]- .

لقد ذهب المشرع الجزائري عبر المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 إلى أبعد ما يمكن الذهاب إليه في مجال الحماية القانونية المكفولة للمستثمر الأجنبي واستثماره.

1- كرس مبدأ المعاملة المنصفة والعادلة بين المستثمرين الجزائريين والأجانب من جهة ، وبين المستثمرين الأجانب فيما بينهم من جهة أخرى كما أقر مبدأ الدولة الأكثر رعايا فيما يتصل بالاتفاقيات الخاصة التي تبرمها الدولة الجزائرية والدول التي يكون المستثمرون الأجانب رعاياها – المادة 38 ف1 و ف2 -.

2- إقرار إمكانية تجميد التشريع الجزائري في مجال الاستثمارات فيما قد يطرأ من مراجعات أو إلغاءات في المستقبل إلا إذا طالب المستثمر بذلك صراحة وهو مايعرف في الفقه الدولي " بالتحديد الذاتي **Auto limitation**.

3- لا يمكن اللجوء إلى التسخير Réquisition بأمر من الإدارة إلا في الحالات المنصوص عليها قانونا – المادة 40 من المرسوم – مع ملاحظة أن التشريع المنظم لمسألة التسخير هو القانون المدني في مواده 670-681 مكرر وقد تضمنت هذه المواد النص على نزع الملكية – المادة 677 والتأميم – المادة 678 - .

إن تحليل نص المادة 40 من المرسوم تؤدي بنا إلى القول أن المشرع جمع بين مفاهيم ثلاثة هي التسخير، نزع الملكية والتأميم تحت طائلة مفهوم واحد هو **" التسخير بأمر من الإدارة "** على الرغم من الفروق – كما سبق بيانه – القانونية و الإجرائية الموجودة بين التدابير الثلاثة ، مرة أخرى لا يمكن تصور إرجاع هذا الموقف التشريعي إلى مجرد نسيان ؟ ذلك أن المشرع الجزائري و بإعاز من الروح الليبرالية و الانفتاحية [54]المعبر عنها عبر دستور 1989 اتجه إلى محاولة تجنب الخوض في تفاصيل إجرائية تتعلق بنزع الملكية و التأميم عبر المرسوم التشريعي و إرجاع أمر البث فيه إلى الشريعة العامة – أي القانون المدني – لا من حيث تقرير المبدأ في حد ذاته و لا من حيث

52- "… Tout se passé dés lors comme si la question de l'entreprise privé en Algérie se réduit à son seul rapport à l'Etat. A partir du moment ou elle ne sollicite plus de concours de ce dernier elle pourrait exister et se déployer dans l'espace de liberté qui lui est aménagé par la loi, c'est dans certain mesure ce sui explique qu'une nouvelle législation ait été mise en œuvre comme pour changer les termes du problème. Il ne s'agit plus d'un problème d'existence de l'entreprise privée (considéré comme réglé) mais d'une simple question technique d'orientation de l'investissement, d'où l'intitulé de la loi, le secteur privé n'est plus déterminé négativement en fonction de ce qu'il ne doit pas faire, mais positivement par rapport à un champ économique plus vaste. ». W.LAGGONE – La réforme du régime juridique des investissements privés –op.cit page 307 et 308.

53- مع ملاحظة التفاوت بين مبدأ عدم التدخل في الشأن الاقتصادي – دستور 1989 – و مبدأ أسبقية التشريع المنظم لنقل الملكية على الاتفاقية الدولية – دستور 76.

54- إذا كان دستور 1976 – كما سبق بيانه – يؤكد على تطلعات جديدة في مجال العمل الدولي و القانون الدولي فإن دستور 1989 عمل على تأكيد القواعد العامة التقليدية للقانون الدولي و يبدو ذلك جليا من خلال المكانة التي خصها للملكية الخاصة.

الممارسة و الإجراءات بل كذلك بشأن تقرير التعويض المترتب عنه و ذلك من منطلق إعمال حماية قانونية أكثر، و كأن المشرع و عبر المرسوم التشريعي 93 – 12 حاول مخاطبة المستثمر الأجنبي – إجابة على ما قد يثور لديه من تساؤلات بخصوص تطبيق التدابير المباشرة لنقل الملكية – **قائلا إن مرد ذلك إنما هو الشريعة العامة و ما تضعه من إجراءات و لا يتسع النص التشريعي المنظم للاستثمارات الخواص وطنيين كانوا أم أجانب لمثل هذه المسائل** [55].

غير أن التفادي الإرادي لنص و بصورة تفصيلية لتدابير نقل الملكية عبر المرسوم التشريعي و "الرمي" بها في ساحة الشريعة العامة و بالتالي القضاء العادي يثير من التساؤلات و الشكوك بالنسبة للمستثمر الأجنبي أكثر مما يضفيه من الحماية القانونية.

إن مفهوم نزع الملكية الذي لم يشر إليه المرسوم التشريعي 93 – 12 كرس دستوريا – دستور 1989 – حيث نصت عليه المادة 20 "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون."

أما التأميم فأصبح قاعدة عرفية كرست دوليا لا يمكن لأية دولة أن تنفي وجوده أو أن تنص على عدم إمكانية ممارسته لارتباطه بطبيعة السيادة المقررة للدولة [56].

أما مسألة تحديد التعويض فقد تناولته المادة 681 مكرر من القانون المدني "يحدد مبلغ تعويض الإستيلاء باتفاق الأطراف على أنه قد يحدده القاضي في حالة الخلاف" و تجدر الإشارة إلى أن مصطلح الإستيلاء تقابله بالنص الفرنسي عبارة التسخير Réquisition.

تنص المادة 677 من القانون المدني أن التعويض الناجم عن نزع الملكية يكون **منصفا** و **عادلا**، دستور 1989 من جهته و عبر المادة 20 فقرة 2 تنص على أن التعويض يكون **قبليا**، **عادلا و منصفا.**

إن هذه المعاينة الأولية تقودنا إلى القول إن النصوص المرجعية التي أخذ بها المرسوم التشريعي 93 – 12 بشأن مسألة نقل الملكية جاءت متفاوتة من حيث الوضوح و يمكن إرجاع هذا التفاوت لسبب بسيط هو صدور القانون المدني ضمن إطار نظري و إيديولوجي مختلف تجاه الملكية الخاصة عموما[57]، ثم إن المرجعية المختارة من قبل المرسوم التشريعي تختلف مع ما أقره الدستور نفسه بشأن التعويض ، إذ يقر بتعويض قبلي ، عادل و منصف و يؤدي هذا إلى عدم التطابق بين ما هو مكرس دستوريا و ما جاءت به المادة 40 من المرسوم التشريعي 93 – 12 .

بعبارة أخرى و بشأن نزع الملكية تحديدا هل تطبق ما جاء في الدستور يعني هذا دفع التعويض قبل إتمام إجراءات الحيازة من طرف الدولة ؟ أم نطبق ما جاء في نص المادة 677 فقرة 2 التي تنص من جهة على أن التعويض يكون عادلا و منصفا [58] و تضيف أنه في حالة الخلاف بشأن قيمة التعويض فان دلك " لا يمكن بأي حال لهذا الخلاف أن يشكل عائقا لحيازة الممتلكات من قبل الدولة " ؟.

55- على خلاف كل التشريعات السابق المنظمة للاستثمار مند 1963.

56- عليوش قربوع كمال ، مرجع سابق ص 64

57- القانون المدني الصادر في 26 – 09 – 1975

58- أن يكون التعويض عادلا و منصفا بمفهوم القانون الداخلي و وفق ما يرتبه من إجراءات.

تبدو مرة أخرى خاصية التفاوت بين النص التأسيس و التشريع المنظم للاستثمارات و النصوص الأخرى - التي لا يحيل إليها – إن المضمون الانفتاحي لدستور1989 قابله مضمون مغاير لنصوص تشريعية تعود إلى مرجعيات فقهية و إيديولوجية أخرى و هو الشيء الذي لم يغب على المستثمرين الأجانب لا محالة.

لم يضف دستور 08 ديسمبر 1996 الجديد بالنسبة لصور نقل الملكية و المبدأ العام للتعويض مقارنة بدستور 1989 ، حيث نصت المادة 20 "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون و يترتب عليه تعويض قبلي عادل و منصف " كما نص على أن حرية التجارة و الصناعة مضمون و تمارس في إطار القانون – المادة 37 – الملكية الخاصة مضمونة – المادة 52 - .

من جهته نص الأمر 01 – 03 المؤرخ في 20 أوت 2001 – المادة 16 – أنه و "بخلاف الحالات المنصوص عليها قانونا فإنه لا يمكن اللجوء إلى التسخير بأمر إداري و يكون مرتبا لتعويض عادل و منصف".

قبل الخوض في التفاصيل التحليلية الخاصة بدستور 1996 و الأمر 01 – 03 التالي له من حيث الصدور كنص تشريعي جديد منظم لتواجد الاستثماري الأجنبي لنا أن نلاحظ ما يأتي:

أ- أن الأمر 01 – 03 و من خلال قراءة مرجعياته النصية لم يشر بصورة صريحة إلى المواد 20. 37. 52 من الدستور مكتفيا بالإشارة إلى المواد 122 من الدستور – **الخاصة باختصاصات البرلمان في مجال التشريع عموما** – و المادة 124 الخاصة بالصلاحيات المخولة لرئيس الجمهورية لتشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو فيما بين دورتي البرلمان.

ب- نص المادة 14 على مبدأ تقرير الحماية الوطنية للمستثمرين الأجانب مع إقرار عدم التمييز فيما بين الاستثمارات المقامة من طرف الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الجزائريين و الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الأجانب بالنظر إلى الحقوق و الواجبات المتصلة بالاستثمار ، و إقرار مبدأ حماية الدولة الأكثر رعايا فيما يتصل بحقوق و واجبات المستثمرين الأجانب فيما بينهم بالنظر إلى وجود اتفاقيات موقعة بين الجزائر و دول أجنبية يكون لرعاياها استثمارات في الجزائر.

ج- الإشارة في ديباجة الأمر 01 – 03 إلى القانون رقم 88 – 01 المؤرخ في 18 جويلية 1988 و المتضمن انضمام الجزائر إلى الاتفاقية الدولية الخاصة بالاعتراف و تطبيق القرارات التحكيمية الأجنبية المصادق عليها من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 جوان 1958 ، و كذا الإشارة إلى الأمر رقم 95 -04 المؤرخ في 21 جانفي 1995 المتضمن المصادقة على الاتفاقية الخاصة بفض المنازعات الخاصة بالاستثمارات فيما بين الدول و رعايا الدول الأخرى و الإشارة إلى الأمر رقم 95 -05 المؤرخ في 11 جانفي 1995 المتضمن المصادقة على إنشاء المركز الدولي لضمان الاستثمارات.

إن الملاحظات السابقة لها الكثير من الدلالات على اعتبار أنها تؤدي بنا إلى القول إن المشرع الجزائري و عبر نصه الصريح و في ديباجة الأمر رقم 01 – 03 على ثلاثة اتفاقيات تعد ركيزة التعامل و الحماية للاستثمارات الدولية يكون بذلك قد **أكد بشكل مباشر و صريح على طبيعة المعاملة و الحماية التي ينوي تخصيصها للتواجد الاستثماري**

الأجنبي ، و كذا الضمانات التي يوفرها في هذا المجال و التي لا تخرج عن إطار مبادئ القانون الدولي للاستثمارات الدولية بمفهومها التقليدي.

من جهة أخرى فإن الأمر 01 – 03 يشير إلى دستور 1996 بصفة عامة و إلى المواد 122 – 124 منه بصفة خاصة ، متحاشيا الإشارة الصريحة إلى المواد 20 – 37 و 52 – السابق الإشارة إليها – ذلك أنه يقدم لنا -الأمر 01 – 03 - دليلا آخر للاختلاف الموجود و المكرس بين ما يقره الدستور في مجال صور نقل الملكية لصالح الدولة و ما تضمنه الأمر 01 – 03 خاصة بالنسبة للتعويض و إجراءاته ، لقد أبقى الأمر 01 – 03 على مصطلح التسخير من حيث أنه تدبير شامل لنزع الملكية و التأميم و التسخير الإداري على خلاف الدستور الذي تناول و بوضوح نزع الملكية مشترطا ممارستها في إطار القانون و أن يكون التعويض قبليا ، عادلا و منصفا من جهته الأمر 01 – 03 و مع عدم النص الصريح على نزع الملكية و التأميم فإنه يقيم التعويض على أساس قاعدة العدالة و الإنصاف مستبعدا القبلية [59] ، **هل يمكن اعتبار هذا الاختلاف مسألة من اختصاص المجلس الدستوري لنظر في مدى دستورية المادة 16 من الأمر 01 – 03 [60] ؟.**

بعد ما تناولنا التجربة الجزائرية من حيث النصوص التأسيسية و القوانين المختلفة المنظمة لتدابير نقل الملكية نحاول دراسة بعض النصوص و التشريعات العربية على سبيل المقارنة و ذلك احتراما لنفس المنهجية المنتخبة و المطبقة في الفصل الأول من هذا البحث.

ب- النصوص التأسيسية و التشريعية العربية:

1- الحماية الدستورية ضد الإجراءات العمومية الناقلة للملكية:

يعد من أهم وسائل الحماية القانونية ما تضمنته غالبية دساتير الدول النامية من النص على حماية الملكية الخاصة من الإجراءات العمومية الناقلة للملكية ، و من أجل ذلك حرص الدستور المصري على حماية الملكية الخاصة و عدم المساس بها عن طريق التأميم إلا لمصلحة عامة و بناء على نص قانوني ، و هو ما أوردته المادة 35 من دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971 **-لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام و بقانون ، و مقابل تعويض عادل-** و قريبا من هذا المعنى ما يقرره الدستور السوداني لسنة 1958 بخصوص حماية حق الملكية التي تضمنتها المادة 25 بنصها **-.... و لا يجوز نزعها أو الاستيلاء عليها إلا لمصلحة عامة و مقابل تعويض عادل-** [61] من هذين النصين نجد أن القاعدة الأساسية هي عدم اللجوء إلى التأميم و هو ما من شأنه تقديم ضمان دستوري للمستثمر الوطني و الأجنبي و حافزا على جذب الاستثمارات الأجنبية ، و لا يعني حرمان الدولة من حقها المكرس عبر قواعد القانون الدولي المرتبطة بمفهوم السيادة في تأميم المشروعات إذا ما تعرضت مصالحها للخطر.

59- الملاحظ أن القانون الدولي لم يشترط القبلية في مجال تقرير التعويض.

60- « L'ordonnance de 2001 semble en retrait –comparée à la constitution du 08.12.1996, en effet, elle indique que « sauf dans les cas prévus par la législation en vigueur, les investissements réalisés ne peuvent faire l'objet de réquisition par voie administrative » en droit tout au moins l'expression « réquisition administrative est très restrictive et semble exclure les autres atteinte au droit de propriété ou de jouissance : Nationalisation, expropriation directe ou déguisée, mise sous séquestre saisie etc.... cette restriction pourrait susciter une certaine inquiétude de la part des investisseurs Etrangers. » Examen de la politique de l'investissement de l'Algérie CNUCED 2004 PAGE 32.

61- عبد العزيز سعد يحيى النعماني ، مرجع سابق ص 93 و ما يليها.

و بمثل تلك الحماية الدستورية للملكية جاء نص المادة 18 من الدستور الكويتي- **.... لا يترع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون و بالكيفية المنصوص عليها فيه ، و يشترط تعويض عنه تعويضا عادلا** - أما الدستور المغربي و بعد أن أشار إلى الأحكام الخاصة بحماية الملكية الخاصة عموما (المادة 15) أشار إلى إمكانية تهديد هذا الحق إذا ما تطلبت التنمية الاقتصادية و الاجتماعية للأمة كذلك .

يتضح مما تقدم توجه الدساتير العربية إلى اعتماد ما استقر عليه القانون الدولي العرفي في مجال الممارسة العمومية لنقل الملكية الخاصة عموما و الاستثمار الأجنبي خصوصا و هي :

1 - تشترط المصلحة العامة لتأميم أو نزع الملكية.

2- عدم التمييز في ممارسة هذا الحق فيما إذا تعلق الأمر بترع ملكية أو تأميم استثمار خاص وطني أو أجنبي.

3- تقديم تعويض عادل منصف و فعلي.

أما بالنسبة لنظام الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية ، فيأخذ مرجعيته بالنسبة للحماية القانونية ضد مخاطر التأميم ، المصادرة ، سحب أو إلغاء قرار الترخيص [62] ، اعتمادا على مبادئ الإحترام الذي توفره الشريعة الإسلامية الغراء و الضمانات المقدمة للملكية الفردية ، و تجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن سوابق ممارسات نقل الملكية في العربية السعودية قد تمت بصورة اتفاقية بعد مفاوضات طويلة الأمد حصل المستثمرون المعنيون على إثرها على كامل حقوقهم بغير إبطاء ، و الشاهد على ذلك يتضح من تعدد مراحل المفاوضات الخاصة بالنشاط البترولي التي تمخضت عن "سعودة" أسهم رؤوس أموال المستثمرين الأجانب و أداء حقوقهم ، كذلك الأمر بالنسبة لسعودة البنوك الأجنبية ، حيث استمرت المفاوضات عقدا من الزمن وأسفرت عن عقود رضائية حققت للأطراف مآربهم سواءا بالنسبة للجانب السعودي أو المستثمر الأجنبي [63]. وتنص المادة 11 من دستور المملكة الأردنية الهاشمية الصادر في 01 جانفي 1952 على أنه : " **لا يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل حسبما يعين في القانون** " وتنص المادة 12 من ذات الدستور على انه : " **لا تفرض قروض جبرية ولا تصادر أموال منقولة أو غير منقولة إلا بمقتضى القانون**".

وتضمن الفصل الرابع عشر من دستور الجمهورية التونسية الصادر في أفريل 1959 على أن : " **حق الملكية مضمون ويمارس في حدود القانون**" ، كما نص الدستور اللبناني الصادر في أول سبتمبر 1926 المعدل في 21 أفريل 1948 على أن " **الملكية في حمى القانون فلا يجوز أن يترع عن أحد ملكه إلا لأسباب المنفعة العامة وفي الأحوال المنصوص عليها في القانون وبعد تعويضه عنها تعويضا عادلا**" وتضمنت المادة 21 من دستور دولة الإمارات العربية المتحدة أن " **الملكية الخاصة مصونة ويبين القانون القيود التي ترد عليها ، ولا يترع من أحد ملكه إلا في الأحوال**

62- د محمد حسين إسماعيل –النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية – الإدارة العامة للبحوث 1994 ص112.

63- - د محمد حسين إسماعيل –النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية مرجع سابق ص 113.

التي تستلزمها المنفعة العامة وفقا لأحكام القانون وفي مقابل تعويض عادل " وتنص المادة 39 أن " **المصادرة العامة لأموال محظورة، ولا تكون عقوبة المصادرة الخاصة إلا بناء على حكم قضائي، وفي الأحوال المنصوص عليها في القانون ".**

وتضيف المادة 40 " يتمتع الأجانب في الإتحاد بالحقوق والحريات المقررة في المواثيق الدولية المرعية ، أو في المعاهدات والاتفاقيات التي يكون الإتحاد طرفا فيها وعليهم الواجبات المقابلة لها." [64]

2- حصانة الاستثمار الأجنبي ضد الممارسات العمومية لنقل الملكية في تشريعات الإستثمار العربية:

عمدت التشريعات العربية في مجال الاستثمار بصفة عامة على تقديم ضمانات قانونية تفوق أو تساوي المبادئ المقررة في دساتيرها ، حيث نجدها أقرت عدم جواز التأميم من قبل البلد المضيف أي أن الأصل والقاعدة عدم مشروعية التأميم والاستثناء هو الأخذ به ضمن شروط محددة مسبقا بنص قانون وهو ماذهب إليه المشرع المصري عبر القانون رقم 08 لسنة 1997 المتضمن ضمانات وحوافز الاستثمار عبر إفراد التأميم والمصادرة بمادة مستقلة هي المادة 8 التي تنص بأنه " **لا يجوز تأميم الشركات والمنشآت أو مصادرتها** " وهذا الحكم تضمنته المادة 8 كذلك من قانون الاستثمار الكويتي رقم 08 لسنة 2001 حيث نصت "**...على أنه لا يجوز مصادرة أو تأميم أي مشروع أجنبي مرخص به طبقا لأحكام القانون** " ، وفي المقابل نجد نصين تشريعيين أوردهما المشرع اليمني يتفق كل منهما مع ماقضى به المشرع المصري والكويتي سالفا الذكر بخصوص حضر التأميم ، النص الأول هو المادة 13/ أ من قانون الاستثمار رقم 22 لسنة 1991 التي نصت بأنه " **لا يجوز تأميم المشروعات أو الإستلاء عليها كما لا يجوز الحجز على أموالها أو مصادرتها أو تجميدها أو التحفظ أو فرض حراسة عليها عن غير طريق القضاء** " والنص الثاني تضمنته المادة 12/أ من قانون المناطق الحرة اليمني رقم 4 لسنة 1993" **لا يجوز تأميم أو مصادرة المشاريع العاملة في المناطق الحرة ".**

من مقارنة النصوص السابقة نجد أنها قدمت حماية قانونية كاملة للمستثمر الأجنبي بخصوص التأميم ونزع الملكية، انطلاقا من **حظر ممارسته على إطلاقه سواءا بقانون أو بحكم أو بقرار.** فالحظر هنا مطلق و في جميع الحالات و الأوقات مما تكون معه الحماية ناجعة و مطمئنة للمستثمر [65] ، و يرى بعض من الفقه **أن الحكم في مثل النصوص السابقة قطع دابر كل شكك في مجال حماية الاستثمار الأجنبي و قدم أكبر حافز يمكن أن ينص عليه تشريع دولة مضيفة ، في حين انتقد البعض الآخر من الفقه النص المصري تحديدا بالقول بأن فيه سخاء مبالغ فيه و غير معقول و يعد مخالفا للدستور المصري [66] لا بل و القانون الدولي.**

64- هشام خالد – الحماية القانونية للاستثمارات العربية – مؤسسة شباب الجامعة – 1977 ص35-43.

65- د/ أحمد عبد الحميد عشوش النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر – دار النهضة العربية القاهرة 1988 ص 139.

66- د/ إبراهيم أحمد إبراهيم ، جنسية الأشخاص الاعتبارية و الاستثمار في مصر مشار إليه في المركز القانوني للمستثمر الأجنبي ، مرجع سابق ص 99.

و تكمن الحكمة في حرص التشريعات العربية على إيراد النص المانع للتأميم في قوانين استثماراتها ، لما لوحظ من انكماش لتدفق رؤوس الأموال الأجنبية و عزوف المستثمرين الأجانب على استثمار أموالهم بها – كمصر التي اتخذت مثل هذا الإجراء عقب مرحلة التأمينات التي شهدتها في ستينات القرن الماضي[67] – لذا كان من "الطبيعي" أن يتجه المشرع فيها إلى وضع النصوص القانونية التي تقرر الضمانات اللازمة لحماية الاستثمارات الأجنبية و ذلك بالنص على حظر التأميم في قوانينها و إن كانت هذه النصوص تتعارض مع أحكام دساتيرها المجيزة للتأميم صراحة لاعتبارات الصالح العام.

مما دفع الفقه [68] إلى انتقاد مسلك واضعي تلك التشريعات لعدم أخذهم عند صياغة نصوصها بالأحكام الواردة في دساتيرها بما لا يتجاوز تلك الأحكام أو يتعارض معها ، الأمر الذي قد يؤدي إلى عكس الغرض الذي قصده المشرع من وضعها و الذي هو بث الطمأنينة و الثقة في نفس المستثمر و تحسين مناخ الاستثمار مما قد يؤدي إلى فقدان الثقة علاوة على الاضطراب الذي يثيره على مستوى المحيط التشريعي من حيث الرقابة على دستورية القوانين و التنظيمات المترتبة عنها.

و يجمع الفقه الحديث – كما سبق الإشارة – على أن حق الدولة في التأميم يعتبر من الحقوق التي تتعلق بصميم السيادة الوطنية و من تم فإن ما يمكن أن يقدم من الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية لا يمكنه أن يصل إلى حد تقييد حق الدولة في اتخاذ تلك الإجراءات ، و القول بغير ذلك يؤدي إلى تجاوز الحماية المتطلبة للاستثمار إلى حد المساس بمقتضيات الصالح العام الوطني ، فإذا كانت القيمة العملية لهذا الحظر هي التأكيد على التزام الدولة بالتعويض فإن الأفضل من ذلك هو مواجهة لب المشكلة بصراحة ما دام حق التأميم أو نزع الملكية يعدان من ضمن حقوق السيادة الإقليمية المعترف بها ، فإن أحدا لا يستطيع أن يمنع القطر المضيف من اتخاذه بل يستحيل عمليا إجباره على الإلتزام به [69]، **لذا كان من الأفضل تصدي المشرع العربي بالتنظيم لكيفيات التعويض المستحق و تحديد أوصافه و طرائقه و إجراءات الطعن فيه المكفولة للمستثمر[70] .**

و يرى الأستاذ إبراهيم شحاتة [71] أن التشريعات الوطنية المنظمة للحماية القانونية للاستثمار لا تمثل في الظروف العادية تعهدا دوليا بحيث تلتزم الدولة بإبقاء أحكامها على حالها للأبد ما لم توافق الدول الأخرى على تعديلها ، و لا يغير من ذلك أن يكون هذا التشريع قد صدر مخاطبا الأجانب ، ذلك لأنه حتى لو سلمنا بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام الدولي في بعض الحدود ، فإن هذه الإرادة يجب أن يعبر عنها في مواجهة أشخاص القانون الدولي الآخرين بقصد تكوين التزام دولي ، و ليس في هذه التشريعات من ذلك و بالتالي يكون للدول المضيفة إلغاء هذه التشريعات كليا أو جزئيا هذا من جهة ، من جهة أخرى فإن قوانين الاستثمار لا تخلق للمستثمرين

67- كتأميم قناة السويس و قد كانت تلك التأميمات لغرض وضع حد نهائي للسيطرة الأجنبية على شركات المساهمة العاملة في مصر و للحد من السيطرة الاوليغارشية المالية المصرية.

68- د/ هشام علي صادق النظام العربي لضمان الاستثمار مرجع سابق 311 و تفضيله بدلا عن وضع تلك النصوص التي تحظر التأميم أن تنصب الضمانات على بيان التعويض في مثل حالات التأميم أو نزع الملكية و العملة التي يتم أداؤه بها و غير ذلك.

69- يمكننا القول إن الموقف الجزائري المتردد كما سبق التوضيح في الفرع الأول يجد ربما مصدرا له في تأثره بالتشريع العربي و المصري تحديدا.

70- و هو الأمر الذي أذكرته الدول المصدرة لرؤوس الأموال و عبرت عنه عبر الاتفاقيات الثنائية الخاصة بتشجيع و حماية الاستثمارات البينية إذ تعتبر أن الحماية الحقيقية لا تكمن في النص على حظر التأميم بل تكمن في تحديد إجراءات الممارسة العمومية لتدبير نقل الملكية و قواعد التعويض و آجاله و إجراءات التقاضي بشأنه الخ ... كما سوف نرى.

71- هشام خالد الحماية القانونية للاستثمارات العربية مرجع سابق ص 56. 57 . 58.

الأجانب حقوقا مكتسبة بل تضعهم في مركز تنظيمي عام يجوز تعديله بذات الإرادة التشريعية التي أصدرته ، و هو الشيء الذي ربما أدركه المستثمر الأجنبي و جعله يبحث عن صور أخرى للحماية القانونية مرتبة للالتزام الدولي للدولة المضيفة فيما يجمعها من علاقات بالدول الأخرى و هو ما سوف نتناوله عبر الفرع الثاني.

ثالثا الاتفاقيات الدولية:

سنحاول تناول موقف القانون الدولي الإتفاقي بشأن الحماية القانونية ضد المخاطر غير التجارية التقليدية التي قد يتعرض لها المستثمر الأجنبي.

أ- التأميم و نزع الملكية في الإتفاقيات الثنائية:

تعمل الاتفاقيات الدولية المنظمة للاستثمار في ميدان الحماية القانونية **على تلافي القصور الذي يشوب التشريعات الوطنية من ناحية إمكانية تعديل نصوصها [72] - التي لا تجيز التأميم مثلا لتجعل الأمر منظما في إطار اتفاقية دولية -.** إن مسألة سيادة الدولة على إقليمها كانت من بين أهم الأسباب المساعدة على تطور أداة الاتفاقيات الثنائية [73] في هذا المجال و بإعاز من الدول المصدرة لرؤوس الأموال عاملة على تكريس ما استقر عليه القانون الدولي في مجال الحماية القانونية ضد المخاطر غير التجارية المرتبطة بالممارسات السيادية بشكل عام للدولة المضيفة.

تنص المادة 4 ف 2 و ف 3 من اتفاقية الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات المبرمة بين الجزائر و إيطاليا على انه "لا يمكن لأي من الدولتين المتعاقدتين القيام بتدابير نزع الملكية التأميم، الحجز أو أي إجراء يترتب عليه نزع أو منع الملكية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة...إلا إذا كانت مقتضيات المنفعة العامة، الأمن أو المصلحة الوطنية تبرر الخروج عن أحكام الفقرة الثانية من هذه المادة فإنه يجب توفر الشروط التالية:

أ- أن تتخذ التدابير وفقا لإجراء قانوني.

ب- أن لا تكون تمييزية.

ج- أن تكون مصحوبة بأحكام فورية تتضمن دفع تعويض مناسب و فعلي.

يكون المبلغ المناسب للتعويض معادلا للقيمة الفعلية للاستثمارات المعنية في السوق عشية اليوم الذي اتخذت فيه التدابير أو أعلن فيه عنها و يتم تحديده على أساس قواعد أو ممارسات دولية ، كما يتم تسديد التعويض بعملة قابلة للتحويل يتفق عليها سويا و إذا تعذر ذلك فتسدد بالعملة التي تم الاستثمار بواسطتها، و فور تحديد مبلغه يسدد التعويض بسرعة أو يسمح بتحويله ، و في حالة التأخر في الدفع ينتج التعويض فائدة بالمعدل المعمول به بين البنوك و المناسب للعملة الصعبة المستعملة للتسديد في البلد الأصلي للمستثمر بتاريخ التطبيق الفعلي للتدابير المشار إليها في الفقرتين 2 و 3 من هذه المادة"

72- إضافة إلى ما قد يشوب التشريع الوطني من عدم وضوح أو غموض.

73- راجع الفصل الأول من هذا البحث – المبحث الثاني المطلب الأول.

تنص المادة 4 – إجراءات مانعة أو مقيدة – من الإتفاق الموقع بين الجمهورية الجزائرية و الإتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي الخاص بتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات .

1- يلتزم كل طرف متعاقد بعدم القيام بأي إجراء لنزع الملكية أو لتأميمها، أو أي إجراء آخر من شأنه نزع الاستثمارات التي يمتلكها مستثمرو الطرف المتعاقد الآخر على إقليمه و ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

2- إذا كانت ضرورة المنفعة العامة و الأمن أو المصلحة الوطنية تبرر تجاوز أحكام الفقرة 1 لهذه المادة يجب مراعاة الشروط التالية:

أ- يجب أن تتخذ الإجراءات طبقا لأحكام قانونية.

ب- يجب ألا تكون هذه الإجراءات تمييزية و لا مخالفة لالتزام خاص [74] .

ج- يجب أن تكون مقرونة بالتدابير التي تنص على دفع التعويض المناسب و الفعلي.

3- يساوي مبلغ التعويضات القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية عشية اليوم الذي تتخذ فيه الإجراءات أو يعلن عنها فيه.

تنص المادة 5/ف 2 من اتفاقية التشجيع و الحماية المتبادلين للاستثمارات الموقعة بين الجزائر و جمهورية فرنسا في 13 فبراير 1993.

- لا يتخذ الطرفان المتعاقدان تدابير نزع الملكية أو التأميم أو أية تدابير أخرى يترتب عليها نزع بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من مواطني الطرف الآخر استثماراتهم التي يمتلكونها على إقليمهم و على منطقتهم البحرية ، إلا إذا كان ذلك بسبب المنفعة العامة بشرط أن تكون هذه التدابير قد اتخذت طبقا لإجراءات قانونية و أن لا تكون تمييزية أو مخالفة لالتزام خاص.

- يجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب و فعلي يحسب مبلغه على أساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية و التي تم تقييمها وفقا للظروف الاقتصادية السارية عشية اليوم الذي اتخذت فيه التدابير أو أعلن فيه عليها.

يبدو مما تقدم – و قد تعمدنا إيراد نصوص الاتفاقيات المتعلقة بتدبير نزع الملكية و ما يرفقه من تعويض و ذلك لتبيان بوضوح ما يجمعها من عناصر – اشتمال الاتفاقيات الثلاثة على المبادئ الرئيسية التي استقر عليها الفقه و العمل الدولي في مجال إقرار الحماية القانونية للاستثمارات ضد ما قد يلحقها من تدابير و إجراءات عمومية ماسة بملكيتها و استقرار استثماراتها و ذلك بالنظر إلى :

أ- اعتبار الاتفاقيات الثلاثة و نصها على نزع الملكية و التأميم إضافة إلى التدابير الأخرى المشابهة لها و التي تكون في صورة مباشرة أو غير مباشرة[75] على خلاف الأمر 01 – 03 الذي تعرض بشكل مقتضب إلى ما أسماه بالتسخير الإداري.

74- المقصود بالالتزام الخاص هو عقد الدولة أو عقود الامتياز الخاصة

75 - هو ما سوف نتطرق إليه في المطلب الثاني من هذا البحث.

ب- اشتملت الاتفاقيات الثلاثة النص على مبدأ اشتراط قبل إقرار نزع الملكية أو التأميم أو أي من التدابير المشابهة لها بشكل مباشر أو غير مباشر، توفر شرط المنفعة العامة و الأمن أو المصلحة الوطنية [76] ، و هو الأمر الذي لم يتضمنه الامر 01 – 03 و لا المرسوم التشريعي 93 – 12 .

ج- اشتراط ورود تدابير نزع الملكية أو التأميم طبقا لإجراءات قانونية ، و هو الأمر الذي نراه مكملا لما تضمنه المرسوم التشريعي 93 – 12 في مادته الأربعين [77] بحيث اعتبرت أنه لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة .. ما عدا الحالات التي نص عليها التشريع - اشتراط تطابق ممارسة التسخيرة بواسطة الإدارة مع الحالات المنصوص عليها قانونا و يتأكد الأمر أكثر بقراءتنا لنص المادة 16 من الأمر رقم 01 – 03 المعدل و المتمم ...- إلا في الحالات...-

د- ألا تكون تدابير نزع الملكية أو التأميم أو الإجراءات الأخرى المشابهة و الممارسة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة تمييزية أو مخالفة لالتزام خاص ، إن مسألة عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب و الوطنيين أو المستثمرين الأجانب فيما بينهم قد تم الفصل فيها من حيث المعاملة بنص المادة 38 من المرسوم التشريعي 93 – 12 و المادة 14 من الأمر 01 – 03 المعدل و المتمم ، غير أن الملاحظ أن كلا من النصين لم يشمل المعاملة غير التمييزية عند تناوله لمسألة الحماية القانونية [78].

أما عدم مخالفة تلك التدابير لإلتزام خاص فإنها تثير جملة من الإستفهامات من جانبنا :

1- علينا ملاحظة أن الالتزام الخاص المعني إنما يكون في مواجهة الدولة المضيفة التي أقرت إجراءات عمومية ناقلة من خلالها للملكية الخاصة بالمستثمر ، ولكن ما طبيعة هذا الإلتزام الخاص وماهي الأشكال القانونية التي يمكن أن تبلور ضمنها وماهي الآثار المترتبة عن عدم احترامه ؟[79] .

إنه وبحسب تصورنا فإن **الإلتزام الخاص** لا يمكن أن يتم النص عليه إلا ضمن مفهوم عقد الدولة " Contrat d'état " الذي يجمع بين الدولة وأحد المستثمرين الأجانب ، بحيث تلتزم من خلاله الدولة المضيفة على عدم اللجوء إلى تدابير نزع الملكية أو التأميم، غير أنه وكما سبق وأن رأينا فإن إلتزاما كهذا لا يمكن الإعتداد به بمفهوم القانون الدولي، فما المقصود إذن " بالتزام الخاص"؟.

يبدو أن الأمر يقتصر على ما قد تشتمل عليه بعض عقود الدولة من شروط ملزمة للدولة المضيفة بشأن ممارسة تدابير التأميم أو نزع الملكية ، كأن يشترط ضمان تجنب ممارسة هذا التدابير خلال العشر سنوات الأولى من الاستثمار أو أن يسبق هذا الإجراء إعلام أولي للمستثمر الأجنبي تتبعه مفاوضات بينية لتحديد قيمة التعويض وأساس احتسابه والعملة المستعملة وطريقة صرفه وتحويله...الخ.

ب- التأميم ونزع الملكية في الإتفاقيات المتعددة الأطراف:

خلال السنوات الأخيرة يبدو أن أداة تسيير الاستثمار الدولي من حيث المعاملة وقواعد الحماية أخد تتطور لتضم إليها أشكال " جديدة " من مثل اتفاقيات التبادل الحر الثنائية - والتي أصبح جانب من الفقه الغربي ينعتها بالاتفاقيات التبادل الحر للاستثمارات [80] واتفاقيات الشراكة les accords d'association كتلك التي تربط عدد من الدول النامية مع الإتحاد الأوربي، وهذا

76- نلاحظ تكرار هذه العبارة المنفعة العامة و الأمن أو المصلحة الوطنية في غالبية الاتفاقيات الموقعة من قبل الجزائر في مجال الاستثمار و هي بهذه الصياغة تجعلنا نتساءل هل أن المنفعة العامة و الأمن = المصلحة الوطنية أم أن توفر أحدهما يغني عن الثاني؟

77- نرد هنا ما تضمنه المرسوم التشريعي 93 – 12 لأنه هو الذي كان ساريا بعد سريان هذه الاتفاقية مباشرة.

78- خاصة أن الإتفاقيات الثلاثة تناولت من جهة معاملة الاستثمار ومن جهة أخرى الحماية المقررة له

79- للأسف الشديد لم نتمكن من الحصول على أمثلة لعقود الدولة تمكننا من تقديم وقائع عملية لهذا الجزء من البحث.

80- Expérience d'approches bilatérales et régionales de la coopération multilatérale dans le domaine des investissements internationaux à long terme, en particulier l'investissement Etranger direct- note du secrétaire de la CNUCED 2002 PAGE 8.

بالنظر إلى عدد الأحكام التي تنص عليها والمتعلقة بتقرير حرية التبادل الاستثماري ، وهي من هذا المنظور تتعدى الإتفاقيات الثنائية التقليدية [81] المنظمة للاستثمار الدولي تحديدا.

أما عن الإتفاقيات الجهوية – المتعددة الأطراف – المنظمة للاستثمار الدولي بصورة مباشرة أو تلك الإتفاقيات الجهوية المتناولة جانبا من الأحكام الخاصة بالتواجد الاستثماري الأجنبي [82] ، فإنها لبست من الناحية الكمية بنفس غزارة الإتفاقيات الثنائية [83] على الرغم من تعدد وتنوع أشكالها وهي تأخذ في الغالب صورة اتفاقيات التبادل الحر أو تندرج ضمن إطار الاندماجات الجهوية . خلال سنة 2000 أحصى مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية CNUCED أكثر من 170 اتفاقية جهوية للتبادل الحر أو الاندماج الاقتصادي الجهوي [84] .

أما على المستوى الدولي فإننا نجد أن كلا من انتقال رؤوس الأموال والاستثمارات الأجنبية حظيا بإهتمام كبير ومر بمراحل مختلفة ، لقد تمركز في البداية إهتمام الدول على تأكيد حق الشعوب في إستعمال وإستغلال ثرواتها ومصادرها الطبيعية بحرية ، وان هذا الحق مرتبط بسيادتها ومتفق مع أهداف ومبادئ ميثاق الأمم المتحدة – قرار الجمعية العامة رقم 626 العام 1952 – إضافة إلى السيادة الدائمة للشعوب على مصادر ثرواتها الطبيعية – قرار الجمعية رقم 1803 لعام 1962- والذي نص على " **أن التأميم والإستلاء والمصادرة يجب أن تؤسس على أسباب ودوافع المنفعة العامة والأمن والمصالح الوطنية المعترف بها...**" ، وكذا ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول- و الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 3281 بتاريخ 1974/12/12- الذي نصت مادته الثانية -**أن لكل دولة الحق في تأميم أو مصادرة أو نقل أو تحويل ملكية الأموال الأجنبية ، و في كل حالة يجب دفع تعويض كاف وفقا لقوانينها و لوائحها**- [85] .

هذا النص الذي حظي بمناقشات واسعة على مستوى الفقه بين مناصري مبادئ القانون الدولي العرفي الخاصة بحماية المراكز القانونية للمستثمر الأجنبي ، و فقهاء الدول النامية الساعية إلى تكريس قواعد جديدة أكثر عدالة بشأن حماية حق الدول في تقرير مصيرها التنموي و الاقتصادي و حماية ثرواتها الطبيعية .

إن نص المادة الثانية من الميثاق تأكد و بشكل صريح حق الدول في التأميم و نزع الملكية للأموال المستثمرة [86]باعتباره من الحقوق التي تدخل تحت طائلة مبدأ السيادة الدائمة للدول على المصادر الطبيعية و هو المبدأ الذي أصبح يقره القانون الدولي، لقد كان إذن للجمعية العامة للأمم المتحدة الدور الأكبر في تكريس مبدأ حق الدول في التأميم و استطاعت غالبية أعضائها إخراج هذه الممارسة من زمرة المحرمات المرتبة للمسائلة الدولية و تكريس ممارسته ضمن الأعمال الدولية المشروعة [87] .

81- من حيث المعاملة والحماية القانونية.

82- يمكن القول أن الإتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف وأن إختلفت من حيث الموضوع إلا أنها تجتمع بخصوص بعض الأحكام المنظمة لموضوع الاستثمار الدولي راجع Expérience d'approches bilatérales et régionales de la coopération multilatérale dans le domaine des investissements internationaux à long terme, en particulier l'investissement Etranger direct OP CIT PAGE 12.

83 - التي بلغ عددها إلى غاية نهاية 2006 ما يربو عن 2572 اتفاقية.

84- Expérience d'approches bilatérales et régionales de la coopération multilatérale dans le domaine des investissements internationaux à long terme, en particulier l'investissement Etranger direct OP CIT page 14.

85- أقرته الجمعية العامة بقرارها رقم 3281 بتاريخ 12-12-1974 و وافقت على المادة 2 منه 104 دولة مع اعتراض 16 و امتناع 6 دول فقط و كانت جميع الدول المعارضة من الدول الغربية المصدرة لرؤوس الأموال أنظر د/ عبد العزيز سعد يحيى النعماني مرجع سابق ص 112 (هامش 2).

86- تجدر الإشارة هنا إلى استغلال الدول النامية لأغلبيتها داخل الجمعية العامة لتمرير قرارات و لوائح تناقض مبادئ القانون الدولي التقليدية.

87- "..la doctrine propre aux pays exportateurs de capitaux considérés l'expropriation comme étant « une attente à l'investissement mettant en danger son existence sa consistance sa rentabilité financière et constitue à ce titre une mesure spoliatrice ou dépossédante » » Manuel Doit International Economique op cit page 155.

بعد تأكيد مبدأ التأميم و نزع الملكية و بعد موجة التأميمات التي عرفها العالم النامي خلال عشريتي الستينات و السبعينات ، اهتمت أعمال الأمم المتحدة بمسألة التعويض وكيفيات تحديد قيمته و فض المنازعات المترتبة عنه عبر اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى التي أعدها البنك الدولي للإنشاء و التعمير و الموقعة في 1965 و هي اتفاقية تقتصر على المعاملة الإجرائية تحديدا.

و قد أكد مبدأ حق الدول في التأميم عبر القواعد الإرشادية الصادرة عن البنك العالمي [88] ، حيث تضمنت المادة الرابعة منها و عنوانها "نزع الملكية و التعديل الانفرادي للعقود أو فسخها" ما نصه - لا يجوز للدولة أن تنزع ملكية، أو تحصل بشكل إنفرادي آخر ، على ملكية مستثمر أجنبي بصورة كلية أو جزئية في إقليمها أو أن تتخذ إجراءات لها نتائج مماثلة إلا حيث يتم ذلك طبقا لإجراءات قانونية سليمة و استهدافا بحسن نية لغرض عام و دون تمييز على أساس الجنسية و مقابل تعويض مناسب-.

المطلب الثاني : **المخاطر الحديثة – الإجراءات العمومية غير المباشرة الماسة بالاستثمارات الأجنبية – :**

سوف نحاول تناول من خلال هذا المطلب النقاط التالية :

- الممارسات العمومية غير التقليدية لنقل الملكية و مسألة التعويض.
- حق الدول المضيفة في التشريع الماس بالملكية من دون تقديم تعويضات.
- التحكيم الدولي و القانون الدولي الاتفاقي في مجال تحديد التدابير العمومية غير المباشرة الماسة بالاستثمار الأجنبي.

أولا : **الممارسات العمومية غير التقليدية لنقل الملكية و مسألة التعويض:**

الملاحظ أن أعمال الفقه – خاصة الغربية منها – لم تعد تقتصر على دراسة الأشكال التقليدية لنقل الملكية الخاصة للمشروع الاستثماري أي التأميم ، نزع الملكية ، المصادرة ، الحجز .... ، بل أضافت إليها تصنيفا جديدا كان وليد الأعمال التحكيمية بالأساس ، قوامه وجود صور جديدة للممارسة العمومية الماسة بملكية الاستثمار الأجنبي عبر أدوات قانونية غير مباشرة ، من جهة أخرى اهتم الفقه بموضوع التمييز بين الممارسات غير التقليدية الناقلة للملكية و حق الدولة المضيفة في وضع تشريعات أو تنظيمات خاصة بقطاعات مختلفة تتقاطع في تطبيقاتها مع مصالح التواجد الاستثماري الأجنبي من مثل حماية البيئة ، الصحة العمومية ، و التنظيم الجبائي.

إن السؤال الذي يطرح في هذا الشأن هو : **متى تصبح الممارسة التشريعية أو التنظيمية ذات الطبيعة العامة للدولة المضيفة في أي مجال من المجالات الاقتصادية ، الاجتماعية بل و حتى الثقافية بقصد تحقيق أهداف التنمية والمصلحة العامة ، مرتبة لنقل الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي بطريقة غير مباشرة و بأدوات قانونية غير تقليدية ؟**

يعتبر الأستاذ دولزر أن هذا التساؤل يشكل في الآونة الأخيرة الاهتمام الأكبر في مجال الحماية القانونية الدولية للاستثمارات [89].

88- د.قادري عبد العزيز مرجع سابق ص 216.

89- DOLZER – Indirect expropriations: New developments? Article du colloque sur l'expropriation en vertu de la règlementation, organisé par l'université de New York DU 25 AU 27 Avril 2002 cité par « l'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » document de travail sur l'investissement international OCDE 2004 page4

على الرغم من وجود عدد كبير من القرارات التحكيمية التي تناولت بصورة أو بأخرى هذه المسألة إلا أنه لم يتمكن الفقه الدولي حتى الآن من وضع قواسم مشتركة يحدد من خلالها مدلول الممارسات غير التقليدية لنقل الملكية من جهة، و حدود الإجراءات و التشريعات الوطنية الخاصة بالدولة المضيفة عامة كانت أو خاصة التي من شأنها التقاطع مع مصالح المستثمر الأجنبي دون تقرير بالضرورة تعويضا.

عرفنا من خلال ما سبق من هذه الدراسة أن القانون الدولي استقر على إقرار مشروعية إجراءات نقل الملكية الخاصة بالمستثمر الأجنبي إن توفرت مجموعة من الشروط هي : أن تكون لأغراض و أهداف و لتقرير مصلحة عمومية ، أن ينص عليها القانون ، و أن لا تكون تمييزية و تكون مرتبطة بتقديم تعويض.

إن نقل الملكية – أو المنع من تملك الثروة – قد تتخذ أشكالا مختلفة ومتفاوتة ، قد تكون مباشرة كالتأميم أو نزع الملكية أو الحجز المادي ويمكن أيضا تصور أشكالا غير مباشرة قد تتمثل في :

- **تدخل الدولة في إستعمال وإستغلال المستثمر لمشروعه وللفوائد المترتبة عنه من دون تقرير أي حجز أو مصادرة بالرغم من أن النتائج المترتبة عنها في مواجهة المستثمر الأجنبي تكون مشابهة لنتائج نزع الملكية أو التأميم، وتوصف هذه الممارسات بنقل الملكية غير المباشرة أو الزاحفة rampante أو بالإجراءات المساوية من حيث النتائج لتأميم أو نزع الملكية.**

غير أنه لا يمكن القول أن كل التدابير الوطنية العمومية المقصد ، والمتقاطعة مع الاستثمار الأجنبي وملكيته ، تعد إجراءا ناقلا للملكية ، ذلك أنه وكما يرى براونلي [90] " **فإن الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة تعد من حيث المبدأ ذات طبيعة إمتيازية مشروعة بحسب القانون الدولي ،حتى ولو مست الاستثمار الأجنبي ومصالحه فإنه لا يمكن وصفها بتدابير لنقل الملكية** " ففرض الدولة المضيفة لنظام ضريبي ما وتشديد أحكامه بعد توطين الاستثمار الأجنبي ، أو وضع أحكام قانونية من شأنها تقليص المجال التجاري للمستثمر الأجنبي عن طريق فرض تراخيص معينة أو فرض نسبة من المنتوج يشترط بيعها محليا أو تغيير سعر الصرف بشكل يضر بالمستثمر الأجنبي ، فإنه ومن حيث المبدأ تعد هذه التدابير مشروعة ولا يمكن وصفها بالممارسات الغير مباشرة لنقل الملكية ولا يمكن – من حيث المبدأ كذلك – للمستثمر الأجنبي – المتضرر – المطالبة بالتعويض حيالها .

من جهته الأستاذ صورنجا [91] "**أن الإجراءات والتدابير غير التمييزية التي تقوم بها السلطة العمومية للدولة المضيفة في مجالات من مثل مكافحة التكتلات الصناعية [92] والتجارية على أراضيها حفاظا على المنافسة المشروعة، أو القوانين التي تعمل على حماية المستهلك وحماية القيم المنقولة في البورصة وحماية البيئة والتهيئة العمرانية ، تمثل إجراءات ماسة بملكية المستثمر الأجنبي غير مرتبة للتعويض على إعتبار أنها مرتبطة بمسعى تحقيق السير الحسن للدولة".**

90- IAN Brownlie « Public International law » OXFORD UNIVERSITY PERESS 6ème édition 2003 page 509 cité par « l'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » document de travail sur l'investissement international OCDE 2004 page 5.

91- M.Sornarajah « The international law on foreign investment" 1994 CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. PAGE 283 cité par « l'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » document de travail sur l'investissement international OCDE 2004 page 5.

92- La lutte contre les trustes.

كما سبق الإشارة إليه فإن الفقه لم يتوصل بعد إلى وضع تعريف واضح وشامل يحضا بقول الغالبية بشأن نقل الملكية غير المباشرة، وما يميزها عن الأحكام القانونية التنظيمية التي تضعها الدولة المضيفة والتي تمس بمصالح المستثمر الأجنبي دون أن ترتب بسب هذا المساس تعويضا.

ويعتبر الأستاذان دولزر وستيفنس[93]

« Pour l'investisseur la ligne de démarcation entre des mesures ne donnant pas lieu à indemnisation et des actions considérées comme expropriations indirects – exigeant une indemnisation- peut bien faire la différence entre le poids de l'exploitation –ou de l'abandon- d'une entreprise non rentable et le droit d'être indemnisé à cent pour cent –soit par l'Etat hôte soit au titre d'une police d'assurance-. Pour l'Etat hôte la définition détermine l'étendue de son pouvoir d'adopter une législation réglementant les droits et les obligations des propriétaires dans les cas ou une indemnisation peut être due. Il peut être objecté que l'état est empêché de prendre ce type de mesures l'osque celui-ci ne peuvent être couvertes par des ressources financières publiques ».

تبدو من خلال هذا الرأي أهمية تحديد الخط الفاصل بين التدابير العمومية المرتبة للتعويض والتدابير العمومية غير المرتبة للتعويض وذلك بالنسبة لوجهة نظر المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة كلا على حدى .

فبالنسبة للمستثمر الأجنبي تسمح له مسألة التحديد هذه من إجراء الموازنة بين طبيعة المشروع ومستويات الربحية ، والفوائد التي سيحققها بالنظر من جهة إلى أعباء الاستغلال – أو التخلي - ومن جهة أخرى ، إلى الحق في التعويض من قبل الدولة المضيفة أو عن طريق شركات التأمين الخاصة أو العمومية (الضمان).

بالنسبة للدولة المضيفة فإنها تأخذ في إعتبارها بالنظر إلى مسألة التحديد مدى مردودية الإجراء الناقل ومدى إستطاعتها على تقديم التعويض المادي ، مع الموازنة- هي الأخرى- بين المردودية وقيمة التعويض.

من جهة أخرى فإنه بإمكاننا التساؤل عن الجهة التي ستتحمل الكلفة الاقتصادية المترتبة عن تلبية المصلحة العامة - المعبر عنها بفرض تدابير غير مباشرة قد تصل إلى درجة نقل الملكية- هل هو المجتمع ممثلا في الدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي ؟

بالنسبة للفقيه نوفال Yves nouvel [94] فإن إجراءات التأميم أو نزع الملكية كإجراء تقليدي لنقل الملكية يرتب " **إفقار لشخص قانوني خاص أي المستثمر الأجنبي يقابله إغتناء شخص قانوني عام هو الدولة المضيفة ، غير أن هذه العلاقة التبعية وهذا الإرتباط الجدلي لا نجد له مثال فيما ترتبه التدابير غير المباشرة أو الإجراءات العمومية المشابهة لنزع الملكية بحيث أن " النقص " الذي قد يلحق الملكية بالنسبة للمستثمر الأجنبي لا يشكل بالضرورة تحقيق " الغنى " للدولة المضيفة".**

لقد تناول القانون الدولي الإتفاقي [95]مسألة حماية الاستثمارات الأجنبية من التدابير العمومية غير مباشرة الماسة بملكية المستثمر الأجنبي ، بحيث أن جل الإتفاقيات الدولية الحديثة ومشاريع الإتفاقيات تناولت هذه المسألة، غير أن الملاحظ أن القانون الدولي الإتفاقي لم يقدم نفس الإهتمام **لمسألة تحديد التدبير العمومية الماسة بملكية المستثمر الأجنبي والتي لا تكون مرتبة للتعويض** بإستثناء الاتفاقية الأوروبية الخاصة بحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية ، واتفاقية التبادل الحر الموقعة بين الولايات المتحدة والشيلي ، [96] وبعض الإتفاقيات الثنائية المتناولة للاستثمار الأجنبي وحمايته موقعة من قبل الولايات المتحدة وكندا ، مع الإشارة هنا إلى أن مشروع اتفاقية حماية ملكية الأجانب ومشروع الاتفاقية المتعددة الأطراف الخاص بالاستثمار – **AMI**-

93- Dolzer & stevens "Bilatéral investments treaties" CIRDI 1985 page 98 cité par « l'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » document de travail sur l'investissement international OCDE 2004 page 5.

94- Yves Nouvel « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux » Révue Général du Droit International Public 2002-1 page 80.

95- Yves Nouvel « Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux » op cit page 101

96- « L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit p 6.

الذي أعدته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ، وبالرغم من عدم احتوائهما على أحكام خاصة بتنظيم التدابير العمومية غير مباشرة الماسة بملكية المستثمر الأجنبي أو تلك التدابير المشابهة للإجراءات التقليدية الناقلة للملكية ، فقد اشتملت على تعليق و لواحق تطرقت إلى هذا الموضوع [97] .

أما بالنسبة للاتفاقيات الثنائية المنظمة للاستثمار الدولي و حمايته بصفة عامة ، فالملاحظ أنها تشتمل على بعض الأحكام العامة بشأن التدابير العمومية غير المباشرة الماسة بملكية المستثمر الأجنبي و لم تولي أهمية بمسألة التفرقة [98] بين التدابير التنظيمية المرتبة للتعويض و التدابير الأخرى الماسة بملكية المستثمر الأجنبي و التي لا ترتب تعويضا.

فالاتفاقيات الثنائية المبرمة من قبل جمهورية فرنسا تتحدث عن "**... لا يتخذ الطرفان المتعاقدان تدابير نزع الملكية أو التأميم أو أية تدابير أخرى يترتب عليها نزعا للملكية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة** " ، أما الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالاستثمار المبرمة من قبل بريطانيا فتنص "**... إن نزع الملكية يشتمل أيضا التدابير ذات الأثر المساوي للتأميم...**" أو (**كل إجراء آخر يكون من نفس الطبيعة و بنفس الأثر في مواجهة المستثمرين** " ، أما النموذج القديم للولايات المتحدة الأمريكية فينص على "**التدابير المساوية لنزع الملكية أو التأميم...**" غير أن النموذج الجديد فقد أصبح أكثر دقة في هذا المجال بحيث يتضمن "**... أي إجراء آخر أو مجموعة من الإجراءات مباشرة أو غير مباشرة تكون مساوية لنزع الملكية بما في ذلك الإقتطاعات الجبائية ، البيع الملزم للاستثمار سواء كليا أو جزئيا ، إضعاف أو عزل المسيرين ، المراقبة الإدارية للقيمة الاقتصادية للاستثمار الأجنبي** ".

أما بالنسبة للاتفاقيات التي وقعتها الجزائر فالملاحظ أن اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي – مرسوم رئاسي رقم 90 – 420 المؤرخ في 22 – 12 – 1990 – ، لم تخلو من النص على التدابير غير المباشرة " **لا يمكن تأميم أو انتزاع استثمارات رعايا أي من أحد الأطراف المتعاقدة و لا يمكن إخضاع هذه الاستثمارات إلى أي إجراء له نتيجة مشابهة على تراب الأطراف المتعاقدة ...**" الفصل الرابع – الضمانات القانونية- المادة 15.

و الاتفاقية الموقعة مع جمهورية ايطاليا "**تستفيد الاستثمارات التي يقوم بها المواطنون أو الأشخاص المعنيون ... من حماية و أمن ثابتين تامين وكاملين بعيدا عن كل إجراء غير مبرر أو تمييزي يمكن أن يعرقل قانونيا أو فعليا، تسييرها صيانتها ، استعمالها ، الانتفاع بها أو تصفيتها ، دون الإخلال بالإجراءات الضرورية للحفاظ على النظام العام**"

" **لا يمكن أيا من الدولتين المتعاقدتين القيام بتدابير نزع الملكية، التأميم، الحجز أو أي إجراء آخر يترتب عليه نزع أو منع من الملكية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة**) الفصل الثالث (حماية الاستثمارات) المادة 4 [98]

97- « L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit p 6.

98- نلاحظ اشتمال الفقرة الثالثة من المادة 4 على شروط ممارسة اجراءات نقل الملكية سواءا كانت بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

والإتفاقية الموقعة مع حكومة رومانيا : (**لا يمكن أن تخضع استثمارات مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين المنجزة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلى إجراء تأميم أو نزع ملكية أو أي إجراء آخر مشابه (مشار إليه مثل نزع الملكية) ...** المادة 4 نزع الملكية و التعويض.

و الإتفاقية المبرمة مع المملكة الإسبانية (**إن التأميم و نزع الملكية أو أية تدابير ذات خصائص و آثار مشابهة و التي يمكن أن تتخذها سلطات أحد الطرفين ...**) المادة 5 التأميم و نزع الملكية.

هذا و يمكننا إضافة ما تضمنته اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار [99] في المادة 18 تحت عنوان (المخاطر الصالحة لضمان) ما نصه (**... يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحدة أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية:**

أ- اتخاذ لسلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره و على الأخص المصادرة و التأميم و فرض الحراسة و نزع الملكية و الإستيلاء الجبري

(إن ورود عبارة على الأخص يجعلنا نتصور إمكانية تأمين مخاطر غير تجارية أخرى قد يقوم بها القطر المضيف) و تضيف الفقرة 2 من المادة 18 – 2 (**تبين عقود التأمين على وجه التحديد المخاطر التي يغطيها التأمين في كل حالة و لا يجوز في جميع الأحوال أن يغطي عقد التـــامين الخسارة الناجمة عن إجراء تتخذه السلطات العامة في القطر المضيف و يتوافر فيه أي من الشروط التالية:**

أ - ....

ب- ....

ج – أن يكون الإجراء من قبيل الإجراءات العادية التي تمارسها الدولة تنظيما للنشاط الاقتصادي في إقليمها و التي لا تنطوي على تمييز ضد المستثمر المشمول بالتأمين.

ثانيا : **حق الدولة المضيفة في التشريع الماس بالملكية من دون تقديم تعويض:**

لعل مضمون المادة الأولى [100] من البروتوكول الأول للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان [101] يعد مرجعا في هذا السبيل على الرغم من أن هذه المادة لا تنص على حق الدول في التنظيم غير المرتب للتعويض.

« Toute personne physique ou morale à droit au respect de ses biens ....nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes du Droit International.

L es dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes » .

99- الموقعة بالكويت في الفاتح أفريل 1974

100-- و الذي أوردناه من دون ترجمة للإبقاء على مدلولاته كما جاءت.

101- المبرمة في 1952 و تم دخولها حيز التنفيذ في 1954.

إذن يكون للدولة المضيفة مباشرة إجراءات تنظيمية عبر تشريع نصوص تكون ماسة بالاستثمار الأجنبي، و قد تلحق به خسائر غير أنه لا يمكن المطالبة بتعويضات بشأنها كما هو الأمر بالنسبة للتدابير العمومية الماسة مباشرة بالاستثمار.

في سنة 1961 كان لمشروع جامعة هافرد الخاص بالمسؤولية الدولية للدول بالنسبة للأضرار التي تسببها للأجانب أعتبر أنه [102] **"نكون أمام إجراء أو تدبير استيلاء غير مباشر من قبل السلطات العمومية للدولة المضيفة في حالة تدخلها غير المعقول في استعمال،الإنتفاع أو في الوضعية القانونية لملكية الاستثمار، بحيث يجعلنا هذا التدخل نعتقد أن المالك لن يكون في مقدوره استعمال ، الإنتفاع و لا حتى الإبقاء على استثماره"** بالمقابل نصت المادة 10 فصل 05 من مشروع الإتفاقية على وجود شريحة أخرى من التدخلات العمومية غير المرتبة للتعويض في الحالات التالية:

1- كل الإجراءات و التدابير المرتبطة بتطبيق قانون الضرائب.

2-كل الإجراءات و التدابير المرتبطة بتغير قيمة العملة.

3- كل الإجراءات و التدابير المرتبطة بالمحافظة على الأمن و السلامة العامة.

4- كل الإجراءات و التدابير المرتبطة بالصحة العمومية و الأخلاق العامة.

5-كل الإجراءات و التدابير المرتبطة بالتطبيق العادي و غير التمييزي لأي نص قانوني صادر عن السلطة التشريعية للدولة المضيفة.

إن أساس التفرقة بين ما هو إجراء أو تدبير غير مباشر لنقل الملكية مرتب للتعويض، و ما هو إجراء عادي من لدن سلطة الدولة المضيفة يدخل ضمن اختصاصاتها التنظيمية إنما يكمن في تحديد المسؤولية المترتبة عن نقل الملكية بصورة غير مباشرة عندما تفرض على المستثمر إجراء ضريبيا منفردا أو تمييزيا أو إجراء آخر يترتب عنه حرمان المستثمر من استغلال و تسيير استثماره و يتم ذلك في غياب سبب وجيه و ذي مقاصد عمومية.

و تكون الدولة المضيفة غير مسؤولة و بالتالي غير مطالبة بتقديم تعويض في حالة تحقق خسارة المستثمر الأجنبي و تعرضه لأضرار اقتصادية و مالية نتيجة فرض إجراء ضريبي عام و شامل و بالتالي مشروع ، أو فرض إجراء عقابي بسبب جرم اقتصادي أو غيره [103] ثابت في حق المستثمر الأجنبي ، أو فرض إجراء آخر يكون مقبولا من قبل المجموعة الدولية باعتباره من اختصاص الدولة المضيفة كسلطة ذات سيادة ، بشرط أن يكون خال من التمييز أو المعاملة المنفردة.

لقد تضمنت المادة 3 و التعليق التفسيري لنفس المادة من مشروع الإتفاقية المتعددة الأطراف للاستثمار AMI مانصه. *Art 03:*

Droit de réglementer

a- Une partie contractante peut adopter, maintenir ou appliquer toute mesure qu'elle juge nécessaire pour que l'activité de l'investissement soit entreprise d'une manière sensible aux préoccupations en matière de santé de sécurité ou d'environnement à condition que ces mesures soient conformes au présent accord.

102- بن عامر تونسي أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر – منشورات دحلب 1995 ص 159 و ما يليها

103-- و يذهب الفقه إلى تعميم هذا المفهوم حتى بالنسبة لحالة تغير التشريع و هذا ما يؤكده الفقيه Maeckenbek بقوله " يجوز للمشرع أن يصدر قانونا بأثر رجعي ... و الحقوق المكتسبة لا يجب أن تقف في وجه المشرع و أن اعتداء المشرع على الحقوق المكتسبة لا يؤدي إلى عدم شرعية القانون ، كما أن ذلك لا يخول للأفراد ذوي الشأن الحق في دعوى ضد الدولة للحصول على تعويض إلا إذا أراد المشرع ذلك بنفسه" د/ بن عامر تونسي مرجع سابق ص 211.

note explicative de l'article 3 « Expropriation et indemnisation » cet article et destiné à intégrer dans l'AMI des normes juridiques internationales existantes. La référence à l'expropriation ou à la nationalisation et aux mesures d'effets équivalent traduit le fait que le droit international exige une indemnisation pour une mesure d'expropriation quel que soit l'intitulé de cette mesure et ce même si le titre de propriété n'est pas confisqué.
Elle n'institue pas une nouvelle prescription imposant aux parties de verser une indemnisation pour les pertes qu'un investisseur ou un investissement peut subir d'une réglementation, d'un prélèvement obligatoire ou de toute autre activité normale d'intérêt général de la part d'un pays[104].

ثالثا : **التحكيم الدولي و القانون الدولي الاتفاقي في مجال تحديد التدابير العمومية غير المباشرة الماسة بالاستثمار الأجنبي.**

كما سبق الإشارة إليه و كما تبين لنا فإنه من الصعوبة تحديد الفروق القانونية و الإجرائية بين التدابير العمومية غير المرتبة للتعويض بالرغم من مساسها بالقيمة الاقتصادية للاستثمار الأجنبي، و إجراء نقل الملكية غير المباشرة الممارس من قبل الدولة و التي قد لا تصل إلى درجة الإستيلاء على حق الملكية.

عدد من الفقهاء حاول تقديم معايير تمكن الدارس من تحديد الفرق بين الإجرائين، غير أنهم لم يوفقوا في الغالب في تقديم توضيحات كافية تبرر اعتماد هذا المعيار أو ذاك [105]

يمكن إرجاع موقف الفقه هذا إلى سببين أساسيين :

أ- تجنب وضع قواعد محددة و ثابتة بالنسبة لميدان مرتبط بمجالات جد متغيرة و معقدة .

ب- **تحبيذ اللجوء إلى التحكيم الدولي و إلى خلاصاته التي تتناول الموضوع حالة بحالة.**

اعتمادا على نتائج التحكيم الدولي فإنه يمكن جمع بعض الأدوات المساعدة في تحديد الفروق بين ما هو إجراء مشروع غير مرتب للتعويض و ما هو إجراء غير مباشر ناقل للملكية – بالرغم من إبقاء عقد الملكية لصالح المستثمر – و بالتالي مرتب للتعويض و ذلك في النقاط الثلاثة التالية:

أ- مستوى المساس بحق الملكية.

ب- طبيعة التدابير العمومية من حيث الموضوع و من حيث الظروف.

ج- الآثار المترتبة على الإجراء العمومي.

أ- مستوى المساس بحق الملكية :

1- أهمية الأثر الاقتصادي: لقد أولت الهيئات التحكيمية – بمناسبة تناولها لقضايا تخص تحديدا ما إذا كان إجراء حكومي ما إجراءا ناقلا للملكية مرتبا للتعويض من عدمه – ، أهمية كبيرة للآثار الاقتصادية اللاحقة بالمستثمر الأجنبي والمترتبة عن الإجراء الحكومي ، حيث أنها لم تحكم بالتعويض في مواجهة الإجراءات العمومية عندما لا يكون لهذه

104- L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit page 10

105- ان مناط المشروعية هنا ليس التفرقة –على اعتبار أن كلا الاجرائين يعد شرعيا – إنما هو القبول و توافر شرط المصلحة العامة.

الأخيرة أثر كبير على القيمة الاقتصادية للمشروع الاستثماري ، وفي هذا المجال إعتبر التحكيم الدولي أن نزع الملكية غير المباشرة تكون **في الحالة التي يترتب عن الإجراء العمومي أثر اقتصادي كبير على الإستثمار** من مثل **حرمان المستثمر من حقوقه المتعلقة والمكونة للملكية أو التأثير بصورة دائمة على الإستثمار**، كما يمكننا الحديث **عن نزع للملكية بطريقة غير مباشرة** إذا **ماالحقت الحقوق الاقتصادية للمستثمر الأجنبي أي الحق في الملكية، الإنتفاع وإستغلال نشاطه الإستثماري كما يرتضيه** [106]**.**

فالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان [107] إعتبرت أن نزع الملكية تقوم في حق الدولة المضيفة إذا ما حرمت المستثمر بصورة ظاهرة manifesteوتامة totale من إمتلاك مشروعه ، غير أنه إذا مالحق بالمستثمر نوع من المساس بحقه في ملكية مشروعه وإذا كانت هذه الوضعية قابلة للتعديل n'est pas irreversible **فإنه لا يمكن الحديث عن نزع للملكية غير مباشرة مرتب للتعويض.**

لقد نظرت هيئة التحكيم الإيرانية الأمريكية [108] في قضية starrett howsing والتي تناولت في موضوع تعيين مسيرين إيرانيين لمشروع ترقية عقارية أمريكية والتي إعتبرت بشأنها أن إيران مارست **نزع للملكية بطريقة غير مباشرة** ، على إعتبار **أن هذا الإجراء يمس أحد العناصر الأساسية والمهمة** المرتبطة بحقوق الملكية – أي التسيير- **حتى ولم تصرح الدولة المضيفة صراحة بهذا النزع للملكية وحتى ولو أبقت على عقد الملكية – كوثيقة شكلية لا أكثر – في يد المستثمر الأجنبي.**

بالنسبة لقضية sea – land فمن بين الأسئلة التي طرحت على الهيئة التحكيمية تلك التي تعلقت بنزع الملكية [109] اللاحقة برصيد بنكي وإعتبرت الهيئة **أن هذا الإجراء لم يلحق أي مساس ذي إعتبار بالملكية الإستثمار.**

في إطار إتفاقية التبادل الحر لدول أمريكا ALENA إعتبرت المحكمة في قضية pope et talbot **أن فرض تحديد صادرات هذه الشركة المستثمرة في كندا كان له حقيقة أثر إقتصادي من حيث إنقاصه للفوائد والأرباح المحققة غير أن هذا الإجراء، لم يمنعها كلية من التصدير إلى الخارج وجاء في منطوق التحكيم ما نصه :**

« ...Une simple atteinte ne constitue pas une expropriation, il faut qu'il ait un degré élevé de privation des droits de propriété fondamentaux » [110]

في قضية SPORRONG et LÖNNROTH ضد السويد (1982) فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لم تعتبر الإجراء الماس بالأراضي المملوكة للمشتكية نزعا للملكية غير مباشر مادام " **الإنتفاع بهذا الحق لم ينتهي**" :

« ...bien qu'il ait perdu de sa substance, le droit en cause (jouissance paisible de la propriété) n'a pas disparu….la cour note à ce sujet que les requérants ont pu continuer à user de leur bien et que si les ventes d'immeubles touchés... ont été rendue plus malaisées (sous l'effet des réglementations) la possibilité de vendre a subsisté » [111]

106-« L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit page 10
107- La Cour Européenne des droit de l'homme ne fait de distinction entre les propriétaires étrangers et nationaux mais les distinction qu'elle opère sur la base des droit de l'homme …..sont à prendre en considération.« L'expropriation indirect » op cit p 12

108- - لقد أنشأت محكمة التحكيم الإيرانية الأمريكية في سنة 1981 للنظر في عدد من الشكاوى المرفوعة من قبل المستثمرين الأجانب بعد الثورة الإسلامية وقد تم إنشائها في إطار إتفاق الجزائر الذي حل مشكلة الرهائن الأمريكان راجع « L'expropriation indirect »- مرجع سابق ص 11.

109- يعتبر الأستاذ صورنجا أنه وعلى الرغم من أهمية وحداثة القرارات الصادرة عن هيئة التحكيمية الإيرانية الأمريكية خاصة فيما يتصل بمسألة نزع الملكية غير المباشرة فإنه يجب الحذر بالنسبة لتعميم أحكامها وذلك لإرتباطها بأحداث خاصة هي الثورة.

110-« L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit page 13.
111- -« L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit page 22

مقاربة مغايرة يمكننا ملاحظتها قدمتها هيئة التحكيم الخاصة في قضية شركة CME الهولندية ضد جمهورية التشيك حيث إعتبرت الشركة المستثمرة (وهي شركة إعلامية) أن الدولة المضيفة منعتها من إستغلال إستثمارها بالنظر إلى الإجراءات الصادرة عن المجلس الوطني للإعلام ، لقد تضمن قرار التحكيم وصف إجراءات الدولة المضيفة على أنها نزع للملكية غير المباشرة بالنظر إلى ما رتبته من فقدان المستثمر لنشاطه التجاري:

« .. l'expropriation de l'investissement est constatée comme résultant des actions et inactions (du pays hôte) étant donné que rien ne permet de penser dans l'immédiat que l'entreprise sera rétablie dans une position lui permettant de jouir d'une utilisation exclusive de sa licence. » [112]

في قضية REVERE COPPER وهي قضية ناتجة عن عقد إمتياز لمدة 25 سنة موقع مع أحد فروع الشركة المشتكية ودولة جمايكا ، هذه الأخيرة التي رفعت من قيمة الإستحقاقات المتعلقة بعقد الإمتياز بالرغم من نص هذا الأخير القاضي بإستقرارها طوال مدة العقد وهو الأمر الذي أدى بالشركة إلى وقف نشاطها والمطالبة بالتعويض على أساس عقد التأمين الموقع مع هيئة ضمان الإستثمارات الأمريكية [113] وتضمن قرار التحكيم مايلي:

« ...bien que la compagnie d'assurance –OPIC- ait argué que RJA - filiale de REVERE COPPER- détenait toujours tous ses droits et biens et qu'elle pouvait donc continuer de fonctionner comme avant, le Tribunal a répondu : « tel est peut être le cas mais .... Nous ne considérons plus comme effectif le contrôle exercé par RJA sur l'utilisation de l'exploitation de ses biens du fait que l'action gouvernementale a détruit ses droits contractuels » » [114]

2- مدة نفاذ الإجراء التنظيمي الصادر عن الدولة المضيفة:

تعد مدة نفاذ الإجراء المتخذ من قبل الدولة المضيفة معيارا أخر لتقرير المساس بملكية المستثمر الأجنبي بشكل يفرض تقديم التعويض.

لقد إعتبرت هيئة التحكيم الدولية المنشأة للنظر في التزاعات المترتبة بين الشركات الأمريكية ودولة إيران عقب الثورة الإسلامية -1979- أن عامل مدة نفاذ الإجراء الخاص بتعيين مسيرين – مؤقتين – **يمكن أن يشكل صورة من صور الإستلاء غير المباشر على الإستثمار على إعتبار أن هذا الإجراء يمس عنصرا من العناصر المرتبطة بالملكية.**

3- الآثار الإقتصادية كعامل وحيد لتحديد تحقق نقل الملكية بإجراء عمومي غير مباشر.

يتفق الفقه الدولي حديثا على أن أهمية الأثر الماس بالمركز القانوني لملكية المستثمر الأجنبي وكذا الأثر العملي المرتبط بإستطاعته مواصلة التمتع بالعناصر المكونة للملكية تعدان من أهم العوامل التي تمكننا من الحكم على إي إجراء

112- -« L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit page 12 et 13

113- الملاحظ أن المستثمر لم يقاضي دولة جاميكا محبذا مقاضات شركة الضمان التي رفضت التعويض.

114--« L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit page 14

عمومي على إنه ناقل للملكية بطريق غير مباشر من عدمه ، غير أن الخلاف يقوم فقهيا بين أنصار **العامل الإقتصادي (لوحده) " نظرية العامل الوحيد "** وأنصار **نظرية أخرى تأخذ بموضوع النزاع والظروف المرتبطة بالإجراء الحكومي** من حيث تحليل أثاره على المستثمر الأجنبي ، على أن التحكيم الدولي يأخذ بمقاربة أكثر "توازنا"، ففي بعض القضايا المترتبة عن النزاعات بين الشركات الأمريكية ودولة إيران إعتبرت أن العامل الأساسي للفصل و التمييز بين الإجراء العمومي العادي والإجراء العمومي الناقل للملكية بطريقة غير مباشرة هو الأثر اللاحق بالمالك أي المستثمر وإستثماره :

« L'intention du gouvernement est moins importante que les effets des mesures sur le propriétaire, et la forme des mesures de contrôle ou d'ingérence est moins importante que la réalité de leur impact » [115]

في قضية Phelps Dodge تم نقل تسيير هذا الإستثمار بموجب تشريع حكومي قبل الثورة الإيرانية بقصد تجنب غلق الوحدة الإنتاجية، ضمان تسديد مستحقات العمال ومستحقات الدولة الإيرانية والتي من بينها مجموعة قروض مقدمة للمستثمر الأمريكي ، مع الإشارة إلى أن البنك المقرض تم تأميمه بعد ثورة 1979 وفي هذا المجال إعتبرت الهيئة التحكيمية مايلي:

" Le Tribunal comprend parfaitement pourquoi s'est senti – l'Etat Iranien- obligé de protéger ses intérêts en procédant à ce transfert de gestion de même qu'il comprend les préoccupations financières, économiques et sociales qui ont inspiré la législation en vertu de laquelle le défendeur- l'Etat Iranien- agi, mais ces raisons et préoccupations ne peuvent exonérer celui-ci de l'obligation d'indemniser Phelps Dodge pour sa perte. » [116]

في نفس الإتجاه فقد إ سترعت قضية compania del desarrollo ضد دولة كوستاريكا الكثير من الجدل الفقهي على إعتبار أن الهيئة التحكيمية CIRDI إعتبرت أن الدفوع البيئية – على أهميتها – لا تشكل أي أثر على مسألة التعويض ، في هذه القضية تحصلت الشركة المستثمرة على منطقة SANTA ELENA مساحتها 30كلم2 بهدف إنشاء منتجع سياحي ضخم ، في سنة 1978 قامت سلطات كوستاريكا بإصدار أمر يقضي بنزع الملكية بهدف جعل هذه المنطقة محيط طبيعي محمي بعد عشرين سنة من الإجراءات التحكيمية تضمن منطوق التحكيم مايلي :

" Alors que l'expropriation ou une prise de possession pour des raisons environnementales peut être assimilée à une prise de possession réalisée à des fins publiques et être donc considérée comme légitime, le fait que le bien a été saisi pour cette raison n' affecte ni la nature ni l'importance de l'indemnisation à verser, c'est-à-dire que l'objectif de protection de l'environnement pour lequel le bien a été saisi ne modifie pas le caractère juridique de la prise de possession pour laquelle une indemnisation adéquate doit être versée. L'origine internationale de l'obligation de protéger l'environnement ne fait aucune différence. » [117]

115- -« L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit page 20

116-.« L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit page 21

117-.« L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit page 22

يعني هذا أن إحترام كوستاريكا للإلتزام الدولي الخاص بحماية البيئة لم يشفع لها أمام التحكيم لإلغاء أو التقليل من قيمة التعويض مع ملاحظة في المثالين السابقين أسبقية العامل الإقتصادي في تحديد طبيعة الإجراء العمومي المتخذ بالنسبة للمستثمر.

ب- طبيعة التدابير العمومية من حيث الموضوع و من حيث الظروف.

يتجه التحكيم و الفقه الدوليين إلى الأخذ في مجال تحديد ما إذا كان التدبير العمومي ناقلا للملكية بطريقة غير مباشرة من عدمه ، إلى النظر في طبيعة هذا التدبير و مدى علاقته بحق الدولة المضيفة في العمل على تحقيق أهداف اقتصادية أو اجتماعية أو مصالح عمومية متصلة بالصحة ، الأمن و الأخلاق العامة لتكون بذلك عادية غير مرتبة للتعويض حتى و لومست أو تقاطعت مع أحد عناصر الملكية التابعة للمستثمر الأجنبي.

فعلى مستوى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان استقر التحكيم بها على إقرار حق الدولة بالمساس بحرية تصرف الأشخاص العاديين بفرض تضييقات تأخذ صورة **المراقبة المتصلة بالتهيئة العمرانية ، البيئة ، مراقبة الإيجار ، التشريع الخاص بالواردات و الصادرات ، التنظيم الاقتصادي العام** و كذا فرض **الحجز القضائي.**

تضمن البروتوكول الأول للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان النص على حق الدولة في النظر في مدى ملائمة الإجراءات العمومية الضرورية لتقرير المصلحة العامة ، كما اعتبرت أنه يعود للسلطات العمومية – إعمالا لسلطتها التقديرية - امتياز وضع الأولويات أو ما يمكن اعتباره مسألة ذات مصلحة عامة تشترط **إجراءات**[118] **عمومية** يترتب عنها الحرمان من الملكية ، كما أضافت المحكمة الأوربية أن قرارات الدولة في هذا المجال يجب أن تقبل إلا في حالة تطبيقها بصفة غير معقولة مطلقا[119].

ج - الآثار المترتبة على الإجراء العمومي:

يمكن الحديث كذلك على معيار آخر يقوم أساسا على تحديد مستوى الأثر الذي يرتبه الإجراء العمومي على الأهداف و التوقعات المعقولة التي كان ينتظرها المستثمر الأجنبي من تحقيق استثماره[120].

في قضية Oscar chim[121] 1934 اعتبرت المحكمة الدائمة للعدل الدولية (CPJI) ما يأتي :

118- - la marge de manœuvre de l'Etat se justifie au nom de l'idée que les autorité nationales connaissent mieux leur société et ses besoins et sont donc « mieux placés qu'un Tribunal International pour déterminer ce qui est d'utilité publique » sentence arbitral James contre Royaume Unis 1998 Cour Européenne des droit de l'homme - « L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit page 18.

119- La cour a en outre adopté la même approche à l'égard de « privations » et « réglementations » de l'usage de biens, dans un cas comme dans l'autre, il doit exister une base juridique nationale raisonnable et prévisible pour la prise de possession en raison du principe directeur de la stabilité et de la transparence et de la primauté du droit en ce qui concerne aussi bien la privation que la réglementation de l'utilisation, les mesures adoptées doivent être proportionnées. La cour examine si l'atteinte en question respecte un juste équitable entre les exigences liées à l'intérêt général de la population et l'intérêt privé des victimes supposées de la privation et si une charge unique a été imposée au plaignant. Pour procéder à cette évaluation, la Cour entreprend une analyse factuelle en soulignant que les facteurs précis à prendre en compte varient d'une affaire à l'autre. -« L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit pages18 et 19.

120- l'atteinte portée par la mesure gouvernementale aux attentes raisonnables de l'investisseur

121- L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit Page 22

« Aucune entreprise ne peut échapper aux éventualités et aux risques qui sont le résultat de conditions économiques générales, certaines industries peuvent faire de grands profits dans une période de prospérités générales ou bien en profitant d'un traité de commerce ou d'une modification de droit de douane, mais elle sont aussi exposées à se ruiner et à s'éteindre à cause d'une situation différente. Aucun droit acquis n'est violé dans des cas semblables ». [122]

يتضح من خلال هذا الحكم أن المحكمة اعتبرت تغير الظروف الاقتصادية بسبب تدخل الدولة – من عدمه - مرتبط بطبيعة العمل الاستثماري و لا يمكن الأخذ به – إن لم يكن تمييزيا – لإقرار التعويض.

كما أخذت الهيئة التحكيمية الناظرة في المنازعات الإيرانية الأمريكية بالأهداف و التوقعات المعقولة للمستثمر،

"Ceux qui investissent en Iran, comme ceux qui investissent dans n'importe quel autre pays, doivent supporter le risque de voir le pays touché par des grèves, look out, des troubles, des changements de système économique et politique et même une révolution. Si l'un de ces risques se concrétise, cela ne signifie pas nécessairement que les droits de propriétés affectés par ce type d'événement peuvent être considérés comme étant usurpés » [123]

في قضية Medioambientales tecmed S.A ضد المكسيك ،حاولت الهيئة التحكيمية الخاصة تحديد ما إذا كانت التدابير المتخذة من قبل دولة المكسيك " **معقولة بالنظر إلى الأهداف المتوخات ودرجة المساس بالحقوق الإقتصادية وما كان ينتظره المستثمر من مقاصد ربحية مشروعة** و مما جاء في تسبيب قرارها:

« ...même avant que le plaignant n'effectue son investissement, il était largement accepté que l'investisseur tablait sur un placement à long terme dans la décharge et qu'il en avait tenu compte pour estimer le temps et l'activité nécessaire pour rentrer dans ses fonds et obtenir le rendement attendu au moment ou il a présenté sa soumission pour l'acquisition des actifs liés à la décharge. Pour évaluer si les actions imputables au défendeur – l'état hôte-, ainsi que la résolution – la décision de ne pas renouveler la licence- violent l'accord, ces attentes doivent être considérées comme légitimes et être évaluées à la lumière de l'accord et du droit international » [124]

إعتمادا على هذا التصور الفقهي إعتبرت المحكمة أن التدابير العمومية كان مبالغا فيها وإعتبرتها إجراءات مساوية لنزع الملكية ومرتبة للتعويض.

تجدر الإشارة في نهاية هذا المطلب أن غزارة القرارات التحكيمية في مجال تحديد التدابير غير المباشرة المرتبة للتعويض والتدابير العمومية الأخرى العادية، دفعت القانون الدولي الإتفاقي إلى الأخذ بما توصلت إليه من خلاصات عبر تحديد عددا من المعايير التمييزية ، وقد تجلى ذلك خاصة في إتفاقيات التبادل الحر من مثل تلك الموقعة بين و م أ وأستراليا [125] والولايات المتحدة الأمريكية والتشيلي[126] والولايات المتحدة الأمريكية والمغرب [127] وكذا نموذج الإتفاقية الثنائية للولايات المتحدة الأمريكية في مجال تشجيع وحماية الإستثمارات.

122-« L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit page 20

123- « L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit page 20

124-« L'expropriation indirect » et le Droit de règlementer dans le Droit International de l'investissement » op cit page 20

125- الموقعة في 06 جوان 2003.

126- الموقعة في 06 جوان 2003.

127- الموقعة في 15 جوان 2004.

والصيغة الجديدة لإتفاقية ترقية وحماية الإستثمارات لكندا التي بينت **مدلول نزع الملكية غير المباشرة مضيفة أن التدابير التنظيمية غير التمييزية المعدة والمطبقة لأجل تحقيق أهداف عمومية مشروعة، من مثل الصحة، الأمن والبيئة لايمكن إعتبارها مؤدية لتحقق مدلول نزع الملكية غير المباشرة ولا تكون بالتالي مرتبة لأي تعويض.**

لم تعد التدابير العمومية المباشرة المكرسة لنقل الملكية الخاصة للاستثمارات الأجنبية بمفهمها الكلاسيكي تطرح الكثير من الإشكالات على مستوى الفقه و التحكيم الدوليين ، دلك أن الممارسات الدولية و القرارات التحكمية المرتبطة بها مكنت كل من الدول المضيفة – **عبر تشريعاتها الوطنية -** و المستثمر الأجنبي **- عبر مبادئ و أحكام القانون الدولي للاستثمارات -** من آليات التعامل و أشكال الحلول المتوصل إليها. يبقى الآن أمام الفقه و التحكيم الدوليين - وبشكل خاص هدا الأخير **- مهمة تحديد آليات التعامل مع التدابير العمومية الغير مباشرة المكرسة لنقل الملكية الخاصة للاستثمارات الأجنبية**، و التي لا يزال حيالها القانون الدولي يكرس مبدأ "حالة بحالة "- du cas par cas **-.**

المبحث الثاني: الحماية المالية للاستثمار الأجنبي.

تعد عملية تحويل رؤوس الأموال المستثمرة من أهم الموضوعات المرتبطة بالاستثمار الدولي- إن لم يكن أهمها على الإطلاق -[128] ، ثم إن هذه الأهمية لا تقتصر على طرف دون آخر- أي الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي – نظرا لما يمثله تقييد أو حرية خروج أو تحويل رؤوس الأموال والأرباح المحققة من انعكاسات سلبية أو إيجابية على اقتصاد الدولة المضيفة، وعلى حرية أو حق المستثمر الأجنبي في التصرف في أمواله . ولا شك أن إطلاق حرية الحركة للأموال المستثمرة له أثر إيجابي على جذب الاستثمارات الخارجية للمساهمة في دعم وتنمية اقتصاديات البلاد النامية ، إلا أن تلك الحرية قد تؤدي في بعض الأحيان إلى إلحاق أكبر ضرر بميزان مدفوعاتها عند خروج تلك الأموال منها بأحجام كبيرة أو مفاجئة ، وفي المقابل فإن المستثمر الأجنبي يفضل المزيد من الحرية الممنوحة له لإخراج أو تحويل أمواله في أي وقت وبالكيفية التي يريدها.[129]

إن مستويات الحماية المالية المقررة للمستثمر الأجنبي تختلف باختلاف مستويات حرية تحويل رؤوس الأموال المستثمرة والأرباح المرتبطة بها.

يعد إذن مناخ الاستثمار المتمثل في الليونة الواسعة أو النسبية عاملا مهما لاختيار المستثمر مجال إنماء ماله ، وعنصرا هاما بالتبعية لجذب الاستثمارات الأجنبية بالنسبة للبلاد المضيفة ، والأهم منه في نظر المستثمر حرية تحويل أرباح هذا الاستثمار. **فإذا كانت المحافظة على رأس المال في الدولة المضيفة من كل أشكال الممارسة العمومية الناقلة للملكية من الأمور التي يقف عندها المستثمر طويلا ، فإن الدافع الأول " للمخاطرة" برؤوس أمواله بإخراجها من موطنه الأصلي هو مقدار ما يعود عليه من ربح وفير وحرية تحويل تلك الأرباح إلى الخارج بأقل التكاليف وأيسر الإجراءات.**

فما هو مضمون تشريعات الاستثمار والاتفاقيات الدولية بشأن ما أصبح يعرف في الفقه الغربي **بمخاطر التحويل**[130].

128- د/ عبد العزيز سعد يحي النعماني – المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر" دراسة قانونية مقارنة " مرجع سابق ص213 .

129- La protection international des investissements étrangers – quel impact sur les politiques des états d'accueil ? Pascal SCHONARD ENA France 2003 page 11.

130- وهي الخسارة الناجمة عن تقييد حرية المستثمر في تحويل أصل ماله أو أرباحه إلى الخارج .د/ إبراهيم شحاتة الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية ، دار النهضة العربية ،1971 ،ص 75.

المطلب الأول: ضمانات حرية تحويل الأرباح والأصول المستثمرة في تشريعات الاستثمار.

أولا: تطور موقف المشرع الجزائري من حرية التحويل:

ا - حرية التحويل .. ولكن - القانون رقم 63-277 المؤرخ في 26 جويلية 1963-

لقد تناولت المادة 30 من القانون رقم 63-277 المؤرخ في 26 جويلية 1963، المنظم لقانون الاستثمارات ما نصه " أن المؤسسات الأجنبية تستمر في الاستفادة من حرية تحويل الأرباح ورؤوس أموالها المستثمرة في إطار القوانين المعمول بها".

تجدر الإشارة بداية من أن قانون الاستثمارات لسنة 1963 جاء محددا للضمانات العامة والخاصة الممنوحة للاستثمارات **المنتجة** المقامة بالجزائر، إضافة إلى الحقوق والواجبات والامتيازات المرتبطة بها و كذا الإطار العام لتدخل الدولة في مجال الاستثمارات، ولقد حددت المادة 2 من نفس القانون طبيعة الأشخاص القانونيين في مجال توفير الضمانات واصفة إياها بالاستثمارات المقامة اعتمادا على رؤوس أموال أجنبية.

الملاحظ أن المشرع ومن خلال قانون 1963 يتناول مسألة تحويل رؤوس الأموال والأرباح المحققة بمنظور مزدوج ،ذلك أنه يقر بمبدأ الحرية مع الاستمرار في تقرير نفس المبدأ بالنسبة للمشروعات والاستثمارات المقامة على أساس التشريع السابق لصدور قانون 63-277 أي التشريع الفرنسي، ذلك أن قانون 63-277 *هو أول قانون للاستثمارات تصدره الجمهورية الجزائرية المستقلة.

لقد توصلنا إلى هذه النتيجة من خلال دراسة نص المادة 31 حيث اعتبر المشرع وفي "حالة مراجعته المستقبلية" لمضمون النصوص المنظمة لتحويل رؤوس الأموال والأرباح نحو الخارج فإن المؤسسات المعتمدة – المادة 8 – أو المؤسسات المتعاقدة – المادة 18- يكون لها:

* إمكانية تحويل سنوي لا يفوق 50 % من أرباحها الصافية المحققة اعتمادا على رؤوس الأموال المستوردة.

* إمكانية تحويل قيمة التنازل عن المشروع أو تصفيته إلى الخارج إضافة إلى إمكانية تحويل القيم المالية المترتبة عن بيع ، تحويل ، أوالتنازل عن الحصص أو الأسهم الممثلة لرؤوس الأموال المستثمرة .إن هذا الموقف " **المرتبك** " من حيث نصه على حرية التحويل دون قيد –المادة 30- و التقييد الكمي المعبر عنه في المادة 31 بالنسبة لتشريع مستقبلي لم يصدر بعد ؟؟ ربما نجد تفسيرا له في مضمون اتفاقيات إفيان التي تضمنت النص على الإبقاء على حرية التحويل بالنسبة للاستثمارات الأجنبية المقامة وفق التشريع الفرنسي ، **غير أن السؤال الذي نطرحه يخص موقف المشرع الجزائري من إمكانية التحويل عبر قانون 63-277 ذلك أن نص المادة 31 لا يقدم لنا إجابة واضحة ؟ فالمادة 30 تحيلنا إلى مضمون التشريع الفرنسي كما سبق توضيحه** ، ثم إن المادة31 تحيلنا إلى تشريع مستقبلي من الممكن صدوره حيث جاء النص الفرنسي واضحا.

- Loi 62-157 du 31.12.1962 portant la reconduction jusqu'à nouvel ordre la législation française JORA 1963 No 02 Page 18.

« Article 31 :
Pour le cas ou cette législation viendrait à être modifiée. Les entreprises agréées ou conventionnés sont - AU LIEU DE SERONT - garanties des avantages suivants :
1- De pouvoir transférer annuellement au plus 50% de leurs bénéfices net.2- De pouvoir transférer le produit de la cession ou de la liquidation de leur actifs, ainsi que le produit de la vente transfert ou cession des parts et actions représentatives du capital »

إن صدور هذا القانون سنة فقط بعد الاستقلال يقدم لنا ربما شيء من التفسير لهذا الموقف المتردد ، على اعتبار أن إرادة المشرع الرامية من جهة إلى احترام التزاماتها الدولية – اتفاقيات إيفيان- وسعيها على الإبقاء على الاستثمارات الأجنبية وتطورها ، حماية لميزان مدفوعاتها، من جهة أخرى لم يقدم المشرع إجابة واضحة وصريحة لمسألة دقيقة كمسألة تحويل رؤوس الأموال المستثمرة والأرباح المترتبة عنها.

ب- التحويل المشروط و المراقب - الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15 ديسمبر 1966-

لقد تناول الأمر رقم 66-284 المؤرخ في 15 ديسمبر 1966 مسألة تحويل رؤوس الأموال المستثمرة ، الأرباح وكذا العناصر المالية الأخرى المرتبطة بالاستثمار عبر نصوص مواد متفرقة وذلك كما يلي:

الفصل الأول: الضمانات العامة:

أ/ المادة 08 : في الحالة التي تستلزم فيها المصلحة العمومية استرجاع الدولة لمؤسسات تنتفع من أحكام هذا القانون ، فلا يمكن إقرار تدبير كهذا إلا بموجب نص ذي صبغة تشريعية وقد يشتمل ذلك التدبير بحكم القانون، استنادا لهذا الأمر، **دفع التعويض المساوي للقيمة الصافية المحددة بمواجهة الخبراء والعناصر الوطنية ويكون هذا التعويض قابلا للتحويل للخارج إذا كان المستفيد نفسه أجنبيا أو إذا كان الاستثمار محققا بواسطة مبالغ مستوردة للجزائر.**

ب/ المادة 11: إن حقوق التحويل الواردة فيما بعد مضمونة للاستثمارات الأجنبية المذكورة في المواد 2 و 3 و4 و5 [131] من هذا الأمر كما يلي:

1- تحويل الجزء الموزع من الأرباح السنوية الصافية للمؤسسة والحاصلة بعد تنزيل الاستهلاكات أو الاحتياطات الضرورية، وبعد مراعاة أهمية ديونها. إن الجزء الموزع من الأرباح لا يكون قابلا للتحويل إلا بالنسبة الموجودة بين المساهمات الأجنبية في الأموال الخاصة بالمؤسسة ومجموع هذه الأموال وشرط تطابق هذه المساهمات مع الاستيرادات الفعلية للرساميل إلى الجزائر.

فلا يمكن إجراء تحويلات فعلية من الأرباح تفوق ال 16% سنويا من مبلغ المساهمات الأجنبية الموضحة أعلاه في الرساميل الخاصة بالمؤسسة في الجزائر.

وتعتبر الأرباح التي يمكن تحويلها ويجري إعادة استثمارها كالرساميل المستوردة.

131- والمقصود بها الاستثمارات الأجنبية المقامة في القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني (المادة 2) ، شركات الاقتصاد المختلط (المادة 3) ، الاستثمارات الأجنبية المقامة في القطاع الصناعي أو السياحي (المادة4) ،الاستثمارات الأجنبية المترتبة عن مناقصات تعلنها الدولة ضمن ضرورات المخطط الاقتصادي الوطني (المادة5).

2- تحويل المقبوض من بدل التنازل عن المؤسسة أو تصفيتها أو بدل البيع أو التنازل عن الحصص أو الأسهم الاسمية لرأس المال ، وذلك بحسب ما يكون المشتري شخصا طبيعيا جزائريا أو شخصا معنويا تحت الرقابة الجزائرية، أو بحسب ما تكون العملية في الحالات الأخرى مرخصا بها من قبل البنك المركزي الجزائري.

ج/ المادة 12 : **إن تحويل العائدات الخاصة بالبراءة والمساعدة التقنية والمبالغ الضرورية للمصلحة المالية الخاصة بالقروض المستدانة من الخارج يمكن الإذن بها بموجب قرار ترخيص.**

د/ المادة 13: **إن التحويل المشار إليه في المادتين 11 و12 تصدر عن البنك المركزي الجزائري على إثر التأكد من مراقبة تطبيق الشروط المنصوص عليها في هاتين المادتين.**

يتضح مما تقدم حرص المشرع عبر الأمر رقم66-284 وضع إطار عام منظم لشروط التحويل وإجراءاته ، وهو الشيء الذي من شأنه تقليص مستويات التحويل سواء تعلق الأمر بالأصول المستثمرة أو الأرباح المحققة والمغزى من ذلك تحقيق ما يأتي:

أ/ ضمان تسديد المستحقات المرتبطة بالقروض البنكية والجبائية والإبقاء على الاحتياطات الضرورية، ضمانا للتوازن المالي والمحاسبي للمؤسسة وبصورة احتياطية ربط إمكانية التحويل بمستويات المديونية.

ب/ إن مستوى التحويل إلى الخارج يزيد بالنظر إلى حجم رؤوس الأموال المستوردة وليس إلى نسبة الأرباح المحققة، بعبارة أخرى يكون للمستثمر الأجنبي أن يحول من الأرباح بقدر ما جلبه من أموال مستثمرة.

ج/ إن تحديد نسبة 16% كحد أقصى للأرباح الممكن تحويلها إلى الخارج يهدف من خلاله المشرع تجنب أي مفاجآت سلبية قد تلحق بميزان مدفوعات الدولة أو السياسة التنموية للبلاد فيما يتصل بالمشروعات المقامة برؤوس أموال أجنبية في القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني.

د/ ربط إمكانية تحويل التعويضات المرتبطة بممارسة الدولة لتدابير ناقلة للملكية بشرط " **أجنبية** " صاحب المشروع أي توفر عامل الجنسية الأجنبية.

ه/ ربط إمكانية وإجراءات تحويل بدل التنازل عن المؤسسة أو تصفيتها أو تحويل قيمة بيع المشروع أو التنازل عن الحصص أو الأسهم الإسمية المشكلة لرأسمال المؤسسة، بالنظر إلى الطبيعة القانونية للمشتري أو المتنازل لصالحه ، من حيث كونه شخصا طبيعيا جزائريا أو شخصا معنويا منشأ بموجب المقتضيات القانونية الجزائرية.

و/ يتم تحويل الاستحقاقات الخاصة بإستعمال البراءات والمساعدات التقنية والمبالغ المالية الخاصة بدفع المستحقات المصرفية للبنوك الأجنبية بشرط النص عليها في قرار الترخيص المسبق المنصوص عليه في المواد 4 ومن المادة 21 إلى 27 من الأمر 66-284.

ع/ الإذن بالتحويل بحسب مضمون المواد 11 و12 يتم تقديمه من قبل البنك المركزي الجزائري على إثر التأكد من مراقبة تطبيق المنصوص عليها في هاتين المادتين ، والنص باللغة الفرنسية يقول حرفيا:

« Les autorisations de transfert visées aux articles 11 et 12 sont délivrées par la Banque Centrale d'Algérie sur simple contrôle du respect des condition énoncées dans ces articles ».

يبدو أن النص العربي يجعل من دور البنك المركزي ذو بعد رقابي مرتب لسلطة تقديرية في حدود مضمون المواد 11 و 12، النص الفرنسي يجعلنا نعتقد أن دور البنك المركزي أكثر تقنية وأن دوره يكاد يكون شكليا.

من جهة أخرى لم يحدد الأمر إمكانية الطعن في ما قد صدر عن بنك الجزائر من رفض لتقديم الإذن بالتحويل وحالات السكوت خاصة ، أن الأمر لم يربط البنك المركزي بآجال تقديم الإذن أو التعبير عن الرفض والإجراءات المترتبة عن كليهما.

يمكن تصور أخيرا منح حماية أكبر في مجال تحويل رؤوس الأموال والأرباح المحققة وذلك عن طريق التعاقد المبرم بين الدولة والمستثمر – عقد الدولة- بعد أخذ رأي اللجنة الوطنية للاستثمارات حسب المادة 7.

ج - <u>تكريس حرية التحويل</u> - قانون 90 -10 المتعلق بالنقد و القرض المؤرخ في 14 أفريل 1990-

تضمنت المادة 184 من قانون النقد والقرض رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 النص على ضمان تحويل رؤوس الأموال المستثمرة من قبل الأجانب غير المقيمين [132]، إضافة إلى إمكانية تحويل الأرباح ، المداخيل والريوع المرتبطة بالاستثمار الأجنبي ، كما تستفيد الاستثمارات الأجنبية في مجال ضمان التحويل من الحماية المقررة عبر الاتفاقيات الدولية التي توقعها الجزائر[133]. إن هذا الامتياز المقدر للاستثمار الأجنبي والمخالف لمضمون التشريع المعمول به في مجال الصرف من حيث إطلاقيته على الأقل إلى غاية 1990 يعد إجراءا تفضيليا في المقام الأول مقرر لفائدة المستثمر الأجنبي وهو الأمر الذي لم يكن مكفولا للاستثمارات الوطنية الخاصة[134].

إن نص القانون 90-10 بشأن ضمان الحماية المالية للمستثمر الأجنبي من خلال توفير إمكانية تحويل رؤوس الأموال والأرباح جاء عاما ، ذلك أن إجراءات التحويل وشروطها تكفل بها مجلس النقد والقرض عبر التنظيم رقم 90-03 المؤرخ في 3 سبتمبر 1990.

إن دراسة التنظيم رقم 90-03 تجعلنا نلاحظ أن إجراءات التحويل تخضع لمجموعة شروط شكلية ترتبط أساسا بتقديم تبرئة مصالح الضرائب بشأن دفع المستثمر الأجنبي للحقوق الجبائية ، إضافة إلى تقديمه لطلب التحويل لبنك الجزائر. أما في مجال التحويلات المالية المرتبطة بالتصفية أو التنازل عن ملكية المشروع المستثمر فيكون على المستثمر الأجنبي بحسب تنظيم مجلس

132- يفرق قانون النقد والقرض 90-10 بين الاستثمارات المقامة من طرف المقيمين ولو كانوا أجانب والاستثمارات الأجنبية لغير المقيميين ولو كانوا جزائرين وذلك بالنظر إلى مركز النشاط الرئيسي راجع المواد 181.182.183.من القانون.

133- إلى غاية تاريخ صدور قانون 90-10 لم توقع الجزائر أية اتفاقية متعلقة بالاستثمار.

134- على الرغم من نص القانون من أن المستثمرين الوطنين بإمكانهم الاستفادة من إمكانية تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج غير أن تدابير تطبيق هذا التوجه لم يحدد بنص تشريعي أو حتى بتنظيم صادر عن بنك الجزائر.

النقد و القرض أن يقدم الموازنة المحاسبية للمشروع مصادقا عليها من قبل محافظ للحسابات معتمدة ، إلى جانب محاضر مداولات الجمعية العامة للهيئة الاقتصادية المنشأة للمشروع. يكون على بنك الجزائر بعد دراسة طلب التحويل تقديم تأشيرة بهذا الخصوص ولا يمكن أن تتجاوز مدة دراسة الملف الخاص بطلب التحويل والمستندات المرفقة به أكثر من شهرين تبتدئ من تاريخ تقديم الطلب

إعتمادا على ما تقدم هل يكون بالإمكان الحديث عن تكريس مطلق لحرية التحويل عبر قانون النقد والقرض 90-10 والتنظيم التابع له ؟

إن الدراسة المتأنية لمواد التنظيم المشار إليه أعلاه تجعلنا نشكك في إطلاقية هذا المبدأ ، فالمادة 17 **تعتبر سكوت بنك الجزائر خلال فترة دراسة ملف طلب التحويل بمثابة رفض للطلب، ويكون للمستثمر الأجنبي في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء للطعن في قرار بنك الجزائر[135] " السلبي".**

إن المادة 17 تمكن بنك الجزائر من سلطة تقديرية في مجال تحديد مدى ملائمة طلب التحويل من عدمه، على اعتبار أن بنك الجزائر لا يكون ملزما حتى بتسبيب رفضه.

إن هذه الفرضية التي يسمح بها التفسير الآلي لنص المادة 17 تتناقض مبدئيا مع المبدأ العام الذي كرسه قانون النقد والقرض، من حيث أنه يعتبر الشروط والإجراءات التي تمس الاستثمار الأجنبي والتي تكون تالية للرأي بالمطابقة المقدم من قبل مجلس النقد والقرض (المادة 186) لا يمكن أن تشكل عائقا لتمكين المستثمر الأجنبي من تحويل رؤوس أمواله والأرباح المحققة وهو الأمر الذي يؤدي بنا إلى القول أن إرادة المشرع في جعل إمكانية التحويل حقا مكرسا لمصلحة المستثمر الأجنبي ، ولا يمكننا بالتالي الأخذ بالمدلول الحرفي للمادة 17 من التنظيم المشار إليه أعلاه لسبب بسيط هو تناقضها مع مدلول قانون 90-10.

مما تقدم يتبين وأن دور بنك الجزائر يقتصر على مراقبة ومراجعة المستندات المقدمة من قبل المستثمر الأجنبي والمرفقة بطلب التحويل – دور تقني- ويكون ملزما بتقديم تأشيرة الموافقة بالتحويل إذا ما توفرت كل الشروط ، أما قرار الرفض – سلبيا كان أم ايجابيا- وبالنظر إلى ما ذهب إليه المشرع من تكريس لمبدأ التحويل كحق مضمون قانونا فلا يمكن تصوره إلا في حالات خاصة مرتبطة بالغش في المستندات المقدمة والتبريرات الجبائية أو عدم المصادقة على الموازنة المحاسبية للمشروع أو وجود عدم انتظام للنشاط مع الرأي بالمطابقة – نص المادة185- .

الملاحظ أخيرا أن المستثمر الأجنبي لا يكون ملزما بأي تقييد للمبالغ المالية المحولة لا من حيث القيمة ولا من حيث الفترات الزمنية ، وهو الشيء الذي يؤكد مرة أخرى تكريس مبدأ حق المستثمر الأجنبي في تحويل أمواله أصولا كانت أم أرباحا...

135- يكون الاختصاص للغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا.

د - ضمان تحويل رؤوس الاموال و الفوائد المترتبة عنها - المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار- :

تنص المادة 12 من المرسوم التشريعي 93-12 على " تستفيد الاستثمارات التي تنجز بتقديم حصص من رأس المال ، بعملة قابلة للتحويل الحر ، والمسعرة رسميا من البنك المركزي الجزائري الذي يتأكد قانونا من استيرادها ، من ضمان تحويل رأس المال المستثمر والفوائد الناجمة عنه ، ويخص هذا الضمان أيضا الناتج الصافي للتنازل أو التصفية حتى ولو كان هذا المبلغ يفوق رأس المال الأصلي المستثمر. وتنفذ طلبات التحويل المطابقة التي يقدمها المستثمر في أجل لا يتجاوز ستين60 يوما.

وتضيف المادة 21 ف 5: تطبق نسبة منخفضة تقدر ب 3 % في مجال الرسوم الجمركية على السلع المستوردة التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار، ويمكن للسلع المذكورة في هذه المادة أن تكون محل تنازل أو تحويل طبقا للتشريع المعمول به بعد موافقة الوكالة.

المادة 44 تضمنت النص على أن الاستثمارات التي تستفيد من الامتيازات الواردة في المرسوم التشريعي يمكنها أن تكون موضوع تحويلات أو تنازلات، ويلتزم مستأنف الاستثمار أمام الوكالة بالوفاء بجميع الالتزامات التي تعهد بها المستثمر الأصلي والتي سمحت بمنح الامتيازات وإلا ألغيت هذه الالتزامات.

يستشف من دراسة هذه النصوص أن المشرع لا يعتد في مجال السماح بالتحويل إلى الخارج إلا بالاستثمارات المقامة اعتمادا على رؤوس أموال بالعملة الصعبة، والتي تكون مسعرة رسميا من البنك المركزي.

وبالتالي فإن الاستثمارات المقامة في شكل مساهمات تكنولوجية أو تقنية من دون مساهمة مالية مباشرة في رأس المال لا تكون الأرباح المترتبة عنها قابلة للتحويل ، كما أنه لم يتضمن النص على المستحقات المتصلة باستعمال براءات الملكية الصناعية وكذا الحقوق المرتبطة بالمساعدة التقنية كما أن النص لم يتناول الاستثمارات الأجنبية المقامة في شكل تقديم مساهمات عينية.

لم يتضمن النص من جهة أخرى عن إمكانية تحويل المستحقات المالية الخاصة بالمصارف الأجنبية.

* تدخل البنك المركزي في مراقبة مدى ملائمة التحويل يكون " قبليا "على اعتبار أن المرسوم التشريعي يلزمه بمهمة التأكد من صحة استيراد الأموال المستوردة.

*يرتب المشرع إمكانية التنازل وتحويل [136] السلع المستوردة والتي تدخل مباشرة في إنجاز المشروع غير أنه لم يحدد كيفيات ممارسة هدا الامتياز " الخطير"، علما أن هذه السلع يتم استيرادها بنسبة منخفضة للرسوم الجمركية محددة ب 3 % ؟ فقط يشير المشرع إلى ضرورة موافقة وكالة ترقية مساندة ومتابعة الاستثمارات.

* ربط إمكانية التنازل عن المشروع أو تحويله بما يشتمل عليه من امتيازات، بالتزام مستأنف الاستثمار على احترام كل الالتزامات التي يكون قد تعهد بها المستثمر الأصلي ويرتب المشرع عن عدم احترام هذه الالتزامات إلغاءها من دون تقرير أي إجراء في مواجهة مستأنف الاستثمار.

136- L'examen de la politique de l'investissement de l'Algérie op cit pages 32 et 33.

هـ- تبسيط وتطبيع عملية التحويل - الامر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المعدل والمتمم بالأمر رقم 08/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتعلق بتطوير الاستثمار -

لم يأتي المشرع بجديد بشأن شروط وتنظيم تحويل رؤوس الأموال ، الأرباح والفوائد المحققة وقيم التنازل أو التصفية المترتبة عن الاستثمار الأجنبي مقارنة بالمرسوم التشريعي 93-12 ، ذلك أن المادة 12 من المرسوم التشريعي تقابلها حرفيا المادة 31 من الأمر 03/01 المعدل والمتمم ، ثم إن المادة 44 من المرسوم التشريعي تقابلها المادة 30 من الأمر 03/01 المعدل والمتمم ، يعني هذا أن المشرع أبقى على نفس التصور وعلى ذات المحددات بخصوص ضمانات التحويل و لم يعرف موقفه أي تطور في اتجاه تطلعات المستثمرين الأجانب الداعية إلى مزيد من الحرية في ميدان التحويل.

من جهة أخرى وتنفيذ لمقتضيات الأمر 03/01 المعدل والمتمم أصدر مجلس النقد والقرض التنظيم رقم 03/05 المؤرخ في 6 جوان 2005 وأهم النقاط التي تضمنها هي :

- تكليف البنوك التجارية والمؤسسات المالية المعتمدة بمهمة دراسة و تنفيذ طلبات التحويل ويتم التنفيذ من دون أجل بالنسبة لتحويل الأرباح ، قيم التنازل الخاصة بالاستثمارات الأجنبية إضافة إلى التعويضات الخاصة بأعضاء مجلس الإدارة. "Les jetons de présence et tantième pour les administrateurs étrangers ». -المادة 3 من التنظيم-.

- تضمن التنظيم كذلك النص على إمكانية تحويل الأرباح المحققة في إطار الشركات المختلطة في حدود المساهمات المالية المقدمة من قبل الشريك الأجنبي في رأسمال المنشاة.

- يعود لبنك الجزائر مهمة وضع الشروط والوثائق الواجب تقديمها من قبل المستثمر الأجنبي للبنوك التجارية والمؤسسات المالية لدعم طلب التحويل [137].

- تكون إجراءات التحويل المنفذة من قبل البنوك التجارية والمؤسسات المالية المعتمدة خاضعة لمراقبة بعدية -à postériori- لبنك الجزائر كما هو الأمر بالنسبة لأي عملية مرتبطة بالتجارية الخارجية ، وتلتزم البنوك التجارية والمؤسسات المالية في هذا الشأن بتقديم تصريحات دورية لبنك الجزائر تعلمه من خلالها على طبيعة وحجم التحويلات الخاصة بالمستثمرين الأجانب التي تقوم بها.

مما تقدم يبدو توجه المشرع إلى محاولة تبسيط وتطبيع إجراء التحويل على اعتبار أنه يجعله من اختصاص المؤسسات المصرفية العادية، مع الإبقاء على شكل من المراقبة التالية لعملية التحويل يقوم بها بنك الجزائر.

137- إن الدور المناط بالبنوك التجارية والمؤسسات المالية المعتمدة من قبل بنك الجزائر قد تم إعادة بلورته من خلال الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتضمن قانون النقد والقرض المعدل للقانون 90-10.

ثانيا تحويل رأس مال المستثمر والأرباح المحققة في التشريعات العربية للاستثمار.

يثير موضوع إعادة تصدير رؤوس الأموال المستثمرة عدد من الإشكالات تتصل بسعر الصرف المطبق العملة التي يتم بها ذلك التحويل والمدة الزمنية التي تسمح خلالها بإعادة تصدير رأس المال.

إن موضوع حركة رؤوس الأموال المستثمرة من الموضوعات التي حظية باهتمام كبير من قبل التشريعات العربية مقارنة بموضوع تحويل الأرباح والفوائد، نظرا لما يمثله تحويل رأس المال المستثمر من عبء على ميزان المدفوعات للدول العربية وذلك لما له من علاقة باحتياطاتها من العملات الأجنبية التي تمكنها من مواجهة متطلبات خطط التنمية الوطنية هذا من جهة ، من جهة أخرى فإن من أهم الضمانات المالية التي يحرص المستثمر الأجنبي على توفرها هي حقه في إعادة تصدير وتحويل أصل استثماره أو رأس ماله إلى الخارج بحرية وديون قيود زمنية أو إدارية [138] ، فما هو مضمون التشريعات العربية المنظمة للاستثمارات الأجنبية في مجال تقرير ضمانات وحماية مالية للمخاطر المرتبطة بتحويل رؤوس الأموال والأرباح المحققة [139]؟.

ا - التشريع المصري :

أجازت المادة التاسعة من القانون المصري رقم 65 لسنة 1971 إعادة تصدير رأس المال بناءا على طلب المستثمر الأجنبي وموافقة مجلس إدارة هيئة الاستثمار، وفرقت المادة بين ما إذا كان المال المستثمر عينيا فيجوز إعادة تصديره بذات الصورة التي ورد بها دون قيد أخر ، وبين ما إذا كان المال المستثمر نقدا أجنبيا فإن تحويله يكون على خمس دفعات متساوية وذلك بعد مرور خمس سنوات من تاريخ وروده وبنفس العملة التي ورد بها وبسعر الصرف المعمول به وقت التحويل [140].

وفي قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة 1974 مكنت المادة 21 صاحب رأس لمال من إعادة تصديره أو التصرف فيه ، سواء ورد نقدا أو عينا بناءا على موافقة مجلس إدارة هيئة الاستثمار بشرط أن يكون قد مضى على توريده خمس سنوات وعلى أن يتم إخراجه بأقساط سنوية متساوية خلال خمس سنوات ، مالم يقرر مجلس إدارة الهيئة التجاوز عن شرط مضي خمس سنوات بالنظر لاستحالة تنفيذ المشروع أو الاستمرار فيه إما لأسباب خارجة عن إرادة المستثمر أو نتيجة ظروف غير عادية يقدرها المجلس ، وأجاز القانون تحويل أو إعادة تصدير المال المستثمر في حدود أو بما لا يتجاوز قيمة الاستثمار الأولي مع إضافة نسبة لتلك القيمة تحددها هيئة الاستثمار مقابل الارتفاع الذي يكون قد طرأ على قيمة الاستثمارات ، وللإشارة فقد أخذت

تشريعات عربية أخرى خلال فترة السبعينات **بمبدأ التقييد والتوزيع السنوي لقيم رؤوس الأموال المستثمرة والمرشحة للتحويل نحو الخارج** من مثل قانون الاستثمار السوري رقم 348 الصادر في 28 فيفري 1969 حيث أجاز إعادة تصدير المال المستثمر إلى الخارج بعد مضي خمس سنوات على شكل أقساط سنوية،

138- د/ عبد العزيز سعد يحي النعماني ، مرجع سابق ص 216.

139-سوف ننتصر على دراسة التشريعات الخاصة بدول مصر، الأردن، المغرب، سوريا، الكويت و موريتانيا.

140- الأستاذ عادل أمين قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، مرجع سابق ص 23 وما بعدها.

كل قسط منها بنسبة قدرها 25 %.[141]

وسمح قانون الاستثمار الأردني لسنة 1974 كذلك بإعادة تصدير رأس المال على ثلاثة أقساط سنوية متساوية بعد مرور سنتين من مباشرة الإنتاج أو العمل ، وجعل للجنة الاستثمار أن توافق في حالات خاصة على تحويل رأس المال دون تقييد بمدة السنتين أو التحويل على أقساط[142] .

أما القانون المصري الخاص بالاستثمار رقم 230 لسنة 1989 فقد تضمنت المادة 4 منه النص على حق المستثمر في تحويل المال المستثمر و إعادة تصديره وكذا تحويل الأرباح التي يحققها إلى الخارج بأعلى سعر صرف معلن في تاريخ التحويل أو إعادة التصدير[143] .

لم يتضمن من جهته التشريع المصري الخاص بضمانات وحوافز الاستثمار – القانون رقم 7 لسنة 1997 المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 2004 – نصا يبين حكم حرية أو حق تحويل رأس المال والأرباح المحققة علاوة على أنه ألغى الحكم الوارد في المادة 22 من قانون الاستثمار رقم 230 لسنة 1989 ، وإغفال التشريع المصري لهذا الحكم مما يأخذ عليه الفقه [144] ولاسيما أنه معد بغرض توحيد الضمانات وتقديم أفضل الحوافز الاستثمارية ، وهو الأمر الذي حاول الفقه المصري إيجاد تفسيرا له **بالقول أن سكوت المشرع في تحديد أحكاما خاصة بالتحويل وإعادة التصدير، إنما يفهم منه الإباحة المطلقة من دون قيد أو شرط** [145] ، على أن هذا الموقف يجد ما يناقضه ضمن المنظومة التشريعية المصرية المنظمة للصرف – القانون رقم 28 لسنة 1994 المنظم لتعاملات بالنقد الأجنبي والذي لم يتم إلغاء العمل به- الذي وضع بعض الشروط في مجال تحويل رؤوس الأموال الأجنبية ، وهو النهج الذي أخذ به المشرع التونسي من خلال القانون رقم 93-120 الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 1993 المعدل والمتمم المتضمن إصدار مجلة تشجيع الاستثمارات التونسية حيث لم يتضمن النص على أي إجراء خاص ومميز بشأن تحويل رؤوس الأموال أو الأرباح.

ب- التشريع المغربي:

في إطار الإجراءات المتخذة من قبل سلطات المملكة المغربية في مجال ترقية و تطوير الاستثمارات الوطنية والأجنبية بالمغرب ، تم جمع مجمل الامتيازات الضريبية ، الجمركية والمالية إضافة إلى الضمانات المتصلة بالصرف ضمن ما أصطلح على تسميته " ميثاق الاستثمار" Charte des investissements

-141 قوانين الاستثمار في الوطن العربي، جامعة الدول العربية ، الأمانة العامة، الإرادة العامة للشؤون الاقتصادية سنة 1978 ص 818.

-142 قوانين الاستثمار في الوطن العربي مرجع سابق ، ص 822.

-143 د عبد العزيز سعد يحي النعماني ، مرجع سابق ص 237 ومضمونها أن يكون تحويل صافي أرباح المال المستثمر كلها أو في حدود الرصيد الدائن بحساب العملة الأجنبية للمشروع.

-144 وليس الأمر مقتصرا على هذا فقد أغفل المشرع كذلك معالجة نزع الملكية ، راجع د/ عبد العزيز سعد يحي النعماني ص220.

145 - يرى بعض الفقه ضرورة بيان تلك الأحكام بوضوح وعلى الأخص تحديد سعر الصرف الذي يتم به تحويل رؤوس الأموال وكذا تحديد سعر تحويل الأرباح لاسيما في الدول النامية التي يتحدد سعر الصرف الأجنبي فيها، راجع د/عبد العزيز سعد يحي النعماني مرجع سابق ص 220.

ولقد تم إصدار هذا القانون ب " الدهير رقم 1-95-213 المؤرخ في 08 نوفمبر 1995 " الذي حدد من خلاله المشرع المغربي مجموعة أحكام يهدف من خلالها إلى تبسيط التدابير الإدارية، توحيد مجمل الميكانيزمات الرامية إلى تشجيع مختلف أشكال الاستثمارات، وفي مجال الحماية المالية يقدم الميثاق تغطية واسعة للأشخاص الطبيعيين والمعنويين من ذوي الجنسيات الأجنبية مقيمين كانوا أم لا إضافة إلى تمكين المغاربة غير المقيمين من استثمار أموالهم بالعملة الأجنبية والإقرار بحرية تحويل الأرباح الصافية من الضرائب من دون تحديد للقيم ولا لمدة ، إضافة إلى إمكانية تحويل قيم التنازل أو تصفية المشاريع بصفة كلية أو جزئية إضافة إلى فوائد المترتبة عنها [146] إلى جانب هذا فإن القانون المغربي يمكن المستثمر الأجنبي من تحويل الأرباح غير الموزعة خلال السنة المالية التابعة لها و الإبقاء عليها كاحتياطات أو مخزون يعاد استثماره ليتم توزعه خلال السنة الملية التالية وبالتالي تحويله نحو الخارج [147] ، يتم تحويل رؤوس الأموال المستثمرة أو الأرباح المحققة عبر البنوك التجارية المعتمدة هذه الأخيرة التي تكون ملزمة بتقديم تقارير دورية عن تنفيذ أوامر التحويل إلى ديوان الصرف التابع للمقاطعة المعنية.

يقيم المشرع المغربي من جهة أخرى نظاما خاصا بتحويل العملة Régime de convertibilité يمكن المستثمر الأجنبي أو المغربي غير المقيم من تقديم تفويض -délégation- للبنوك التجارية ، بقصد مباشرة عملية التحويل لمصلحتهم ويكون ذلك بمناسبة التنازل عن المشروع أو التصفية إضافة إلى تسديد المستحقات البنكية – رأس المال فقط- المتعلقة بالقروض المبرمة مع مؤسسات مالية خارجية .

ويشترط من جانب آخر على المستثمر الأجنبي أو المغربي غير المقيم تقديم الوثائق التالية للبنوك التجارية قصد تمكينها من **تنفيذ أوامر التحويل الخاصة بالأرباح والفوائد المحصلة:**

- الموازنة المحاسبية ومحصلة الإيرادات والمصاريف الخاصة بالمشروع وجدول النتائج و جداول التمويل، كل هذه الوثائق تكون مصحوبة بالوثائق المحاسبية المثبتة للحجية وعليها خاتم مصالح الجباية ذات الاختصاص.
- محضر أو محاضر الجمعيات العامة العادية للمساهمين في الشركة المصادقين على النتائج المالية للشركة والتي تحدد الأرباح المحققة وتوزيعها.
- قائمة اسمية للمساهمين المستفيدين من إجراء التحويل نحو الخارج مع تبيان أسمائهم ، جنسياتهم إن تعددت، عناوينهم وعدد الأسهم المملوكة لكل واحد منهم.

أما بالنسبة لتحويل الناتج النقدي المترتب عن التنازل أو التصفية فيجب أن يوفر[148] المستثمر الأجنبي أو المغربي غير المقيم الوثائق التالية:

146- Guide de l'investisseur étranger en matière de change – office des changes royaume du Maroc- sans date page 8 www.oc.gov.ma

147- Les bénéfices non distribués et affectés à un compte de report à nouveau de « réserve ou de provision ».

148- تتضمن نظام الصرف كذالك الوثائق الواجب توفيرها في حالة تحويل الناتج النقدي للتنازل على الممتلكات العقارية.

أ- بالنسبة لتحويل الناتج النقدي المترتب عن التنازل عن القيم المنقولة غير المسعرة في البورصة les valeurs mobilières non cotées

- الوثائق المحاسبية المتعلقة بآخر سنة مالية للشركة.
- محضر الجمعية العامة العادية.
- نسخ من عقود التنازل متضمن ثمن التنازل.

ب- بالنسبة لتحويل الناتج النقدي المترتب عن التنازل عن القيم المنقولة المسعرة في البوصة Les valeurs immobilières négociées à la bourse.

- جدول خاص متضمن هوية المتنازل، طبيعة وعدد السندات المتنازل عليها، ثمن التنازل وتاريخ تحقق العملية.

ج - التشريع الكويتي:

نصت المادة 11 من القانون رقم 8 لسنة 2001 في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت، على إمكانية تحويل المستثمر الأجنبي لاستثماره وذلك بصورة كلية أو جزئية إلى مستثمر آخر أو إلى مستثمر وطني ، كما يمكنه التخلي عن استثماره لشريكه الوطني في حالة المشاركة، وفي حالة تحويل ملكية الاستثمار الأجنبي كله أو بعضه إلى مستثمر أجنبي آخر يحل هذا الأخير بقدر ما حول إليه المستثمر الأصلي وتستمر معاملة الاستثمار وفقا لأحكام القانون رقم 08 لسنة 2001.

من جهة أخرى تضمنت المادة 12 النص على إمكانية تحويل المستثمر الأجنبي إلى الخارج أرباحه ورأسماله وكذا التعويض المترتب عن نزع ملكية المشروع ، كما أن للعاملين غير الكويتيين في المشروع والمتعاملين معه من خارج البلاد تحويل مدخراتهم ومستحقاتهم للخارج.

الملاحظ أن المشرع الكويتي لم يضع أية شروط خاصة لتمكين المستثمر الأجنبي من تحويل أمواله المستثمرة أصولا كانت أم أرباحا ، كما أنه لم يشترط الترخيص - الذي تقدمه لجنة إستثمار رأس المال الأجنبي المادة 05 و المادة 06 التي تحدد اختصاصاتها – إلا في حالة التحويل الكلي أو الجزئي للاستثمار لفائدة مستثمر أجنبي آخر أو إلى مستثمر وطني أو في حالة التخلي أي التنازل بالبيع أو غيره من وسائل نقل الملكية التعاقدية إلى الشريك الوطني[149] . الملاحظ كذلك عدم تضمن النص على حالات التصفية التي قد تلحق الاستثمار الأجنبي ،كما لم يحدد القانون الوضعية القانونية للاستثمار الأجنبي المتنازل عنه لمستثمر أجنبي آخر مع ما يتصل به من امتيازات وحوافز في حالة عدم إحترام المستثمر الأجنبي المتنازل له عن الشروط والمقتضيات المحددة لكيفيات الاستفادة منها – المواد 13 و 14-.

149- يبدو انه لم يكن من الداعي النص على إمكانية التحويل للمستثمر الوطني على اعتبار أن التحويل يتم نحو الخارج و لفائدة أجانب أو وطنيين غير مقيمين.

د - التشريع الموريتاني

تضمن القانون رقم 03/2002 المنظم للاستثمارات في موريتانيا في مادته الخامسة المعنونة "حرية تحويل رؤوس الأموال الأجنبية " ما يأتي:

- ضمان حرية تحويل الأموال المستثمرة من قبل رؤوس أموال أجنبية في شكل عملات صعبة، و يتم هذا التحويل بالنسبة للفوائد والأرباح المحققة بصورة كلية بالنسبة للمنشآت المقامة بأموال أجنبية 100 % و بنسب متفاوتة ينظر بشأنها إلى مستوى مساهمة الرأسمال الأجنبي بالنسبة للمنشآت ذات رؤوس الأموال المختلطة.
- ضمان حرية تحويل رؤوس الأموال الأجنبية في حالة التنازل أو حالة التوقف عن النشاط.
- التعويضات المترتبة عن نزع الملكية ، التأميم أو المصادرة و تكون هذه التعويضات معفاة من كل الحقوق الجبائية و الرسوم.
- ضمان تحقيق تحويل أجور الموظفين الأجانب و يتم ذلك من دون أجل.
- بالإضافة إلى الأرباح المحققة Les plus values نتيجة التنازل عن الاستثمار لفائدة الموطنين الموريتانيين و يتم ذلك في شكل حصص إجتماعية أو أسهم بالنسبة لشركات رؤوس الأموال و يتم هذا التحويل بعد احتساب الحقوق الجبائية و الرسوم.

ه- التشريع الأردني:

تضمن القانون رقم 68 لسنة 2003 المنظم للاستثمارات في مادته 15 ما مدلوله أنه يكون للمستثمر نقل ملكية المشروع خلال مدة الإعفاء من دفع المستحقات الجبائية و الجمركية إلى مستثمر آخر، و عليه قبل استكمال الإجراءات اللازمة لهذه الغاية إعلام لجنة الحوافز الاستثمارية -المنصوص عليها في المادة 7 من القانون - بذلك مسبقا مع بيان أسباب نقل الملكية و يكون للمستثمر الجديد أن يتمتع بالإعفاءات و التسهيلات و الضمانات التي منحت للمستثمر الأول إلى غاية نهاية مدة الإعفاء بشرط التزامه بالشروط المرتبطة بالمشروع.

أ- يحق للمستثمر بعد موافقة لجنة الحوافز الاستثمارية – بيع الموجودات الثابتة- Les actifs immobilisés التي تكون متمتعة بالإعفاء أو التنازل عنها على النحو التالي:

1- إلى مستثمر آخر مستفيد مسبقا من أحكام القانون رقم 68 شريطة استعمالها في مشروعه.

2- إلى أي شخص أو مشروع آخر غير مشمول بأحكام هذا القانون شريطة تأدية الرسوم و الضرائب المستحقة عليها.

ب- كما يحق للمستثمر و بموافقة اللجنة إعادة تصدير الموجودات الثابتة المتمتعة بالإعفاء، المادة 18 من جهتها تضمنت النص على حقوق المستثمر غير الأردني في مجال التحويل:

أ- إخراج رأس ماله الذي أدخله إلى المملكة للاستثمار وفق أحكام القانون رقم 68 أو أي تشريع سابق منظم للاستثمارات.

ب- تحويل ما تأتى له من استثماره من عوائد و أرباح.

ج- تصفية استثماره أو بيع مشروعه أو حصته أو أسهمه ، و يتم هذا التحويل دون تأخير شريطة أن يكون قد أوفى بما ترتب للغير من التزامات على المشروع أو أي التزامات ترتبت عليه بحسب أحكام القانون.

د- يتم التحويل الخاص برأس المال فقط بعملة قابلة للتحويل.

ه- للعاملين الفنيين و الإداريين غير الأردنيين في أي مشروع أن يحولوا رواتبهم و تعويضاتهم إلى خارج المملكة.

نلاحظ مما تقدم التفرقة التي يقيمها المشرع الأردني بين المستثمر الوطني و المستثمر الأجنبي فيما يتصل بشروط و إجراءات نقل الملكية تحديدا ، كما نلاحظ قيام نظام التحويل على مبدأ الحرية و غياب أي شكل من أشكال التقييد الكمي الزمني أو الإجرائي إلا في حالة التصفية [150].

و - التشريع السوري :

تضمن الفصل الخامس – الأحكام الخاصة باستثمار المال الخارجي [151]- من القانون الصادر بتاريخ 25 – 04 – 1991 المتضمن تشريع الاستثمارات السوري المادة 24 أنه يسمح للمستثمرين السوريين المغتربين و لرعايا الدول العربية و الأجنبية بعد انقضاء خمس سنوات على استثمار المشروع بإعادة تحويل قيمة حصتهم الصافية من المشروع بالنقد الأجنبي إلى الخارج ، و يتم ذلك على أساس القيمة الفعلية للمشروع عند تاريخ التخلي و يجوز إعادة تحويل المال الخارجي إلى الخارج و بنفس الشكل الذي ورد به بعد انقضاء ستة أشهر من تاريخ وروده و ذلك إذا حالت دون استثماره صعوبات أو ظروف خارجة عن إرادة المستثمر، و يعود للمجلس الأعلى للاستثمار مهمة تقدير تلك الظروف و يحق لذات المجلس أن يوافق في حالات خاصة على تحويل المال الخارجي دون التقيد بمدة زمنية ، كما يسمح القانون بتحويل الأرباح و العوائد التي يحققها المستثمر الأجنبي إلى الخارج.

يتسم القانون السوري بالتضييق على الاستثمار الأجنبي في مجال تحويل رؤوس أموالهم المستثمرة من حيث تحديد مدة زمنية لبقاء المال الخارجي قد تصل إلى ستة أشهر حتى و لو لم يتم إقامة المشروع بسبب خارج عن إرادة المستثمر و يمكن من جانب آخر المجلس الأعلى للاستثمار من سلطة تقديرية واسعة لا تكون خاضعة لأي طعن أمام جهة قضائية مستقلة.

150- و جعل القانون الأردني للجنة تشريع الاستثمار حق تمحيص طلبات تحويل الأرباح و الفوائد المتأتية عن استغلال رأس المال العربي أو الأجنبي و تتخذ اللجنة الإجراءات الضرورية لتسهيل و استعجال تحويل تلك الأرباح إلى الخارج ، على أن أي تحويل للعملات يخضع لقانون مراقبة العملة الأجنبية و يتم التحويل بالعملة التي استورد بها أو بأية عملة أخرى قابلة للتحويل بموافقة البنك المركزي.

151- ينظر المشرع السوري إلى الاستثمار الأجنبي بالاعتداد بمصدر رؤوس الأموال المستثمرة لا بجنسية المستثمر.

لقد مكنتنا دراسة النصوص التشريعية المنظمة للاستثمار الأجنبي بالجزائر منذ الاستقلال و تحديدا المواد المبينة لموقف المشرع من حرية تحويل الأموال الأجنبية المستثمرة نحو الخارج من رسم منحنى بياني محدد لموقف المشرع من دور رؤوس الأموال الأجنبية في تحقيق التنمية الاقتصادية للبلاد.

فقد عرف موقف المشرع ترددا في تحديد إجابات صريحة بشان مدى حرية تحويل رؤوس الأموال المستثمرة و العوائد و الأرباح المترتبة عنها، مما أدى به إلى إصدار موقف مزدوج غير واضح يبقي من جهة على التزاماته الدولية في مواجهة المستثمرين الأجانب المقيمين لاستثماراتهم قبل الاستقلال و واضعا من جهة أخرى لمشروع تصور مستقبلي يضيق تلك الحرية من حيث النسب المسموح بتحويلها بمناسبة تشريع لم يصدر بعد.

إن التوجه الاشتراكي في تسيير الاقتصاد الوطني أبقى للأمر 66 -284 شيئا من المنطقية من حيث تعمده تحديد حرية التحويل سواء تعلق الأمر بالأصول المستثمرة – بالنظر إلى نسبة المساهمات الأجنبية – أو بالأرباح المحققة – نسبة 16 % كحد أقصى – و المقصد من ذلك مزدوج من جهة تفادي التبعية لمصادر التمويل الأجنبية للتنمية و من جهة أخرى الإبقاء على توازن ميزان المدفوعات أو على الأقل عدم الإخلال المفرط به.

جاء القانون رقم 90 – 10 منظما للنقد و القرض غير أن الفراغ القانوني في مجال الاستثمارات الدولية خلال فترة الثمانينات و بداية التسعينات – بعد تعديل الدستور سنة 1989 – فرض ضرورة تخصيص بعض المواد لهذا الموضوع و لقد اشتمل في هذا الخصوص و لأول مرة على مبدأ حرية تحويل الأموال المستثمرة نحو الخارج على الأقل من دون شروط كمية أو زمنية ، غير أن الصدام تبين بين مضمون القانون 90 – 10 و نصوص التنظيم المنفذ لمقتضياته ، بعبارة أخرى لم يكن كافيا النص على حرية التحويل في ظل انعدام تصور فعال لتكريسه.

ثم إن إصدار قانون 93 – 12 كتعبير عن توجهات أكثر ليبرالية في مجال التعامل مع التواجد الرأسمالي الأجنبي في الدورة الاقتصادية و تضمين نصوصه لبعض النظم المعترف بها دوليا في مجال الاستثمارات و حرية تحويل رؤوس أموالها الأجنبية و الأرباح المرتبطة بها ، مع إبقاء المشرع على الدور الرقابي لهيئات إدارية تابعة للسلطة التنفيذية و تمكينها من سلطة تقديرية واسعة و هو ذات التفاوت الذي أبقى عليها الأمر رقم 01 / 03 .

من جانب آخر فقد مكنتنا دراسة مختلف الأحكام المنظمة لمسألة تحويل رؤوس الأموال المستثمرة و الأرباح المتأتية عنها إضافة إلى القيم المترتبة عن التصفية أو التنازل عبر تناولنا لمجموع من القوانين العربية الخاصة بالاستثمار الأجنبي من تأكيد مجموعة من الملاحظات.

أولا : توجه التشريع العربي عموما المنظم للاستثمار إلى إقرار ما استقر عليه العمل الدولي في مجال توفير أوسع الحريات لتحويل رؤوس الأموال المستثمرة و الأرباح المحققة مع تفاوت درجات و مستويات هذا التوجه

بين الدول العربية الغنية و الفقيرة من حيث مستوى اندماج اقتصاديات كل دولة في الدورة العالمية للتجارة و تبادل رؤوس الأموال.

ثانيا : التشابه الموجود بين التشاريع العربية من حيث الصيغ القانونية المختارة لتأطير حرية التحويل بالنسبة للدول الآخذة به بشكل مطلق – مصر ، الكويت ، تونس و بدرجة أقل المغرب و الأردن – و تأطير مستويات التضييق – سوريا و موريطانيا-.

ثالثا: التقلص المتواصل لدور الدولة الاقتصادي من حيث انحصار الدور الرقابي على تداول رؤوس الأموال الأجنبية و تحويلها.

المطلب الثاني: ضمانات تحويل الأرباح و الأصول المستثمرة في الاتفاقيات الدولية للاستثمار:

تلجأ الدول المصدرة للاستثمارات إلى إبرام اتفاقيات منظمة لتحويل الأصول المستثمرة و الأرباح المحققة من الدول المضيفة نحو أراضيها ، و مرد هذا المسعى يعود بالإضافة إلى إرادة الدول المصدرة في وضع تأطير عام و شامل لموضوعات و ميادين الاستثمار الدولي لرعاياها من حيث المنشأ، التعامل ، و الضمانات تعبر كذلك عن سعيها الدائم إلى الإبقاء على إمكانية تحويل الأموال المستثمرة مع ما تحققه من أرباح إلى دورتها الاقتصادية ، ثم إن اختيار الإتفاقية الدولية بأنواعها المختلفة [152] كأداة لتأكيد حرية التحويل جاء كضمان لتجنب الآثار السلبية لتغييرات القانونية التي قد تلحق بتشريع الدولة المضيفة، على اعتبار أن الأمر يرتبط بداية و نهاية بإرادة السلطة السائدة في البلد المضيف.

لا يكتفي المستثمر الأجنبي بمضمون النصوص القانونية الداخلية لتنظيم مسألة التحويل و لا يعد دلك حقيقية و تامة تمكنه متى شاء من تحويل أمواله ، و لا سيما أن قواعد القانون الدولي العرفية تبقي على أحقية كل دولة في تنظيم شؤونها النقدية بالكيفية التي تراها مناسبة لمصالحها الاقتصادية [153].

أولا : تحويل رأس المال في اتفاقيات الاستثمار

رأينا فيما سبق أن تشريعات الاستثمار تسمح بتحويل أو إعادة تصدير رأس المال إلى الخارج على نحو متفاوت فيما بينها و تفرق بين إعادة تحويل المال بعد استثماره و بين إعادة تصديره لتعذر استثماره في البلد المضيف ، كما تفرق بين إعادة تصدير المال الوارد عينا و الوارد نقدا ، و يضع بعضها حدا لما يسمح بتحويله و هو ألا يزيد على قيمة الاستثمار الأصلي إلى غير ذلك من الأحكام و الإجراءات.

على أن أهم ما يعني المستثمر من تلك الأحكام هو مدى ملائمة المدة الزمنية التي يحق له خلالها تحويل أو إخراج أمواله من البلد المضيف سواء تم استثمارها أو حال دون ذلك ظرف ما ، كما يعنيه الكم و الكيفية التي يتم بها التحويل ، و لأن أغلب التشريعات الحديثة تمنح المستثمر حق إخراج أمواله وفقا لإجراءات و قيود تبقى دائما غير ميسرة في نظر المستثمر، مثل موافقة هيئة أو جهة معينة على ذلك التحويل كما قد يكون بعد انقضاء فترة معينة على استثمار المال أو وروده في شكل أقساط متساوية لعدة فترات أو الجمع بينهما [154].

152- الثنائية ، الجماعية ، الإقليمية أو الجهوية و المتعددة الأطراف.

153- د/ علي ملحم ، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية – رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة 1998 مشار إليها من قبل د/ عبد العزيز سعد يحيى النعماني مرجع سابق ص 224.

154- Comment accroitre la sécurité des investissements français à l'étranger ? Pour une rénovation des instruments conventionnels chambre de commerce et d'industrie de paris 2000 page 34.

و مع أن الاتجاه العام لتلك التشريعات حديثا يصبو إلى إلغاء بعض تلك الأحكام و الحد أو التخفيف من بعضها الآخر لتسهيل إعادة تحويل رأس المال و خصوصا ما يتعلق بالمدة التي يحق للمستثمر خلالها إخراج أمواله من البلد المضيف سواء استثمرها أو حال دون ذلك الاستثمار عائق ما [155] .

بالرغم من ذلك فلا يزال تحويل أو إعادة تصدير رأس المال ، معتبرا من المخاطر غير التجارية التي تقف عائقا أمام انتقال رؤوس الأموال ، و حيث أن حق تحويل رأس المال بحرية يعد من أهم العوامل الدافعة و المشجعة على الاستثمارات الأجنبية ، كما يعد كذلك أهم أسباب وجود اتفاقيات الاستثمار و الانضمام إليها سواء للتخلص من تلك القيود التي تبقي عليها التشريعات الوطنية أو على أقل محاولة تقديرها لتقديم الحماية المطمئنة للمستثمرين **لما يعرف بمخاطر العجز عن تحويل أصول الاستثمارات إلى الخارج** ، و يدرج بعض الفقه هذه المخاطر تحت صور ثلاثة هي : رفض السلطة العامة في البلد المضيف السماح بتحويل عملته الوطنية إلى العملة الأجنبية القابلة للتحويل ، أو تأخر الموافقة أكثر من المدة المعقولة ، أو فرض سعر صرف تمييزي عند التحويل [156] .

اولا - إعادة تصدير رأس المال في الاتفاقيات الثنائية:

و سنتناول أحكام الاتفاقيات الثنائية [157] الخاصة بإخراج أو إعادة تحويل الأموال المستثمرة من الناحيتين الشكلية و الموضوعية.

أ- الناحية الشكلية :

اهتمت الاتفاقيات الثنائية اهتماما كبيرا بمسألة إعادة تصدير رأس المال، و شكلت محور ارتكازها ، فأحكام تحويل رأس المال الوارد في الاتفاقيات و المخصوصة بعدد من النصوص الصريحة شاهد حال على الأهمية القصوى المولاة لحرية حركة الأموال المستثمرة من البلد المضيف و إليه و دليل عناية و حرص تلك الاتفاقيات ، حيث أنه لا تكاد تخلو اتفاقية من تناول تحويل أو إعادة تصدير رأس المال بشكل صريح و مباشر مستخدمة عبارة تحويل رأس المال أو إعادة تصدير المال المستثمر للدلالة على السماح بإخراج الأموال المستثمرة من البلد المضيف ، هذا على الأقل ما استقر عليه الفقه بشأن دراسة غالبية الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالاستثمار.

غير أنه و برجوعنا إلى عدد من الاتفاقيات الثنائية التي وقعتها الجزائر خلال مرحلة التسعينات نجدها لم تتضمن النص على تحويل رؤوس الأموال المستثمرة ؟ و اقتصارها على تضمين المواد الخاصة بالتحويل المداخيل

155- مع ملاحظة أن المشرع الجزائري لم يقدم أي حكم في هذه المسألة.

156- هشام خالد ، عقد ضمان الاستثمار و القانون الواجب التطبيق عليه و تسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه مرجع سابق ص 196 و ما بعدها.

157- اعتمدنا في دراستنا على الاتفاقيات الموقعة من طرف الجزائر مع الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي و مع الجمهورية الإيطالية و الجمهورية الفرنسية و حكومة رومانيا و المملكة الإسبانية المشار إليها في الفصل الأول من هذه الدراسة.

بما فيها الأرباح و الفوائد و عائدات رأس المال ، الحصص الموزعة و الإتاوات -المادة 05 من الإتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي- فهل يعني هذا أن الحماية المالية المقررة في الاتفاقيات التي وقعتها الجزائر لا تشمل ضمان تحويل رؤوس الأموال المستثمرة ؟

يذهب جانب من الفقه [158] إلى القول أن الاتفاقيات التي لم تشمل نصوصها بالذكر عبارة تحويل رؤوس الأموال صراحة عند تنظيمها للأموال المشمولة بإمكانية التحويل لا يفهم منه أنه لا تشمل رؤوس الأموال بالحماية عن طريق التحويل ، ما دامت تنص هذه الاتفاقيات على أن للمستثمر أن يحول الإيرادات المتحصل عليها بالبيع الكلي أو الجزئي أو التصفية الكلية أو الجزئية للاستثمار أو المتحصل من نقل ملكيته أو تصفيته ، فمثل هذه الأحكام من حيث أن دلالتها واضحة على المراد منها و عباراتها قاطعة في الدلالة على حق المستثمر في تحويل أصل ماله من الدولة المضيفة إلى الخارج ، و نضيف على ما تقدم بالنسبة للمثال الجزائري أن الأحكام التشريعية المنصوص عليها في قانون الاستثمار – راجع المادة 31 من الأمر 01 – 03 نصت صراحة على إمكانية تحويل المساهمات في رؤوس الأموال المنشأة للإستثمار.

ب- الناحية الموضوعية :

إذا كان تحويل رأس المال أو إعادة تصديره أصبح من المسلمات في الاتفاقيات المنظمة للاستثمار فما هي المكونات الأساسية و الموضوعية التي يتألف منها رأس المال المسموح بتحويله ؟ من حيث الموضوع أخذت الاتفاقيات نمطين :

1- السماح بتحويل رأس المال المستثمر و العوائد الاستثمارية المضافة إليه و المكونة لرأس مال جديد نتج من مجموع القيم الرأسمالية المضافة سواء لزيادة الاستثمار أو لصيانته ، و هو المسلك الذي أخذت به بعض الاتفاقيات الثنائية و مثالها الاتفاقيات التي أبرمتها جمهورية مصر العربية مع المغرب و التي تضمنت النص على تحويل رأس المال المستثمر بما فيه من العوائد المعاد استثمارها أو أي مبلغ إضافي يهدف إلى صيانة الاستثمار، و بمثل هذا الحكم وردت نصوص الاتفاقيات الاستثمارية مع بعض التغيير في العبارات التي لا تخرجها عن المعنى المقصود و هو السماح بتحويل رأس المال و المبالغ الإضافية اللازمة للحفاظ على الاستثمار و زيادته حسب اتفاقية الاستثمار المبرمة بين جمهورية مصر و كرواتيا [159] ، هذه الاتفاقيات و مثيلاتها قننت السماح بتحويل رأس المال و معه تلك المبالغ المضافة أو المقدمة من المستثمر بهدف تنمية الاستثمار و تطويره أو لصيانته و المحافظة عليه ، لم تأخذ الاتفاقيات الثنائية المدروسة من قبلنا و الموقعة من طرف الجزائر بهذا النمط المحدد للجانب الموضوعي لتحويل رأس المال.

2- أما المسلك أو النمط الثاني فتسمح من خلاله الاتفاقيات **بتحويل رأس المال المستثمر مع الزيادات الطارئة على قيمته**، بمعنى آخر فإن الاتفاقيات لا تشترط تساوي قيمة رأس المال المعاد تصديره إلى الخارج مع

158- د/ عبد العزيز سعد يحيى النعماني ص 250 و ما بعدها.

159-- لسنة 1997.

قيمته حين وروده إلى البلد المضيف للاستثمار، ومن ذلك الاتفاقية التي أبرمتها الجزائر مع المملكة الإسبانية حيث نصت المادة السابعة منها على "... الناتج من البيع أو من التصفية الكلية أو الجزئية لاستثمار ما "و كذا الاتفاقية الموقعة مع الجمهورية الفرنسية -المادة 5 ف د- و نصت المادة الخامسة ف د كذلك من الاتفاقية الموقعة مع الاتحاد البلجيكي – اللكسمبورغي "...حصيلة التنازل أو التصفية الكلية أو الجزئية للاستثمار، بما في ذلك فوائض القيمة للرأس مال المستثمر ".

ثانيا - **إعادة تصدير رأس المال في الاتفاقيات الجماعية :**

نصت المادة 11 – الضمانات المالية - من اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي على أنه "يسمح كل طرف متعاقد بحرية تحويل و بدون أجال رأس المال و عوائده أو أي ...... أخرى متعلقة بالاستثمار و ينجز التحويل بعملة قابلة للتحويل حسب سعر الصرف الرسمي ..." كما نجد أن المادة 7 ف 1 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية [160] تنص "يتمتع المستثمر العربي بحرية تحويل رأس المال العربي بقصد الاستثمار في إقليم أية دولة طرف و بحرية تحويل عوائده دوريا ثم إعادة تحويله إلى أية دولة طرف بعد الوفاء بالتزاماته المستحقة بدون أن يخضع في ذلك إلى أية قيود تمييزية، مصرفية، أو إدارية أو قانونية و بدون أن تترتب أية ضرائب أو رسوم على عملية التحويل و لا يسري على مقابل الخدمات المصرفية" و هذه الأحكام تتفق حرفيا مع ما تضمنته اتفاقية تشجيع و حماية الاستثمارات المبرمة بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي لسنة 1971.

الملاحظ أن الاتفاقية المغاربية للاستثمارات البينية حددت شرطين للممارسة "الحرة" للتحويل:

أ- التزام رعايا الطرف المتعاقد بتصريح التحويل للعملات و يتم ذلك تطبيقا للمقتضيات الوطنية ، مما يؤدي بنا إل القول و في حالة انعدام اشتراط هذا التصريح في التشاريع الوطنية فإن المستثمر المغاربي لا يكون ملزما به، **يعني هذا أن الاتفاقية أحالت المستثمر إلى مقتضيات التشريع الوطني الذي أعد لمخاطبة كل المستثمرين على اختلاف جنسياتهم و هو الأمر الذي لا يخدم تبادل رؤوس الأموال و الاستثمارات فيما بين الدول المغاربية، على خلاف ما تضمنته النصوص التأسيسية للاتحاد.**

ب- استخلاص الضرائب إضافة إلى دفع مستحقات الدائنين و الالتزام بتنفيذ الأحكام القضائية.

أما الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية فإن مبدأ تحويل رأس المال إلى إقليم الدولة العربية المضيفة للاستثمار و إعادة تصديره، جاء في صورة مقتضبة بالرغم أن تحويل رأس المال و حرية حركته بين الأقطار العربية من أهم دواعي وجود هذه الاتفاقية ، فالنص و إن أعطى المستثمر العربي حرية إدخال المال بغرض استثماره في إقليم أية دولة إلا أن إخراجه يتوقف على الوفاء بالالتزامات المستحقة عليه في

160- أبرمت سنة 1980.

المجال الضريبي و غيره من الاستخلاصات المحددة في التشاريع الوطنية ، و هذا أمر طبيعي تضمنته غالبية الاتفاقيات الثنائية ، إلا أن الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية انفردت باشتراط تحويل أصل رأس المال بعد فترة تحدد بانتهاء الاستثمار وفقا لطبيعته أو بخمس سنوات [161] من تاريخ تحويله أيهما أقل – المادة 27- .

من الضروري الأخذ بعين الاعتبار تواريخ صدور كل من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية و تاريخ المصادقة على مشروع الاتفاقية المبرمة بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي ، حيث كانت في بداية الثمانينات من القرن الماضي و هو الأمر الذي يفسر ربما إبقاءها على اشتراط خروج الأموال المستثمرة في شكل أقساط و هو الأمر الذي كان مقبولا و معمولا به في غالبية التشريعات العربية و هو ما يفسر كذلك أخذها بالقواعد الإرشادية للبنك الدولي ، حيث نصت على تحويل عوائد الاستثمار عند التصفية أو البيع دون أي تأخير إلا أنه في الأحوال الاستثنائية التي تواجه فيها الدولة المضيفة صعوبات في توفير النقد الأجنبي يجوز استثناء أن يتم تحويل هذه المبالغ على أقساط خلال مدة تكون قصيرة بقدر الإمكان ، و لا تتجاوز في أية حال خمس سنوات . و هو الأمر الذي يدعونا إلى القول بضرورة مراجعة مقتضيات الاتفاقيات الجماعية فيما بين الدول العربية و الإسلامية حتى تتفق و مقتضيات الجديدة التي أخذت بها النصوص التشريعية الوطنية و الإتفاقيات الثنائية.

ثانيا : تحويل أرباح الاستثمارات في الاتفاقيات الدولية

I- الإتفاقيات الثنائية:

تشمل عملية التحويل الخاصة بالأرباح المحققة إضافة إلى الفوائد المحصلة عن استثمار رؤوس الأموال ، الأرباح الموزعة على الشركاء داخل المشروع إضافة إلى المستحقات المالية المرتبطة بتنفيذ الاستثمار و التي من بينها مستحقات الموردين و الاستحقاقات البنكية ، و تنتهج الاتفاقيات الثنائية في هذا الشأن من حيث تناولها مخاطر عدم التحويل الخاصة بالأرباح و العناصر الأخرى المرتبطة بها ، مقاربتين اثنتين هما الحرية التامة و الحرية المقيدة.

أ - الحرية المطلقة: قوامها تضمين الاتفاقيات الثنائية مبدأ الحرية التامة في مجال التحويل لكل المستحقات و الالتزامات المرتبطة بتحقيق الاستثمار مع إضافة قائمة للدفوع أو المخالصات المكفولة les paiements couverts تتضمن الفوائد ، الأرباح ، الاستحقاقات البنكية ، القيم المالية المترتبة عن التصفية الجزئية ، الأجور، مع الأخذ بعين الاعتبار الفروق النصية المتصلة بطريقة تحرير هذه الأحكام داخل الاتفاقية الثنائية ، في هذا الإطار تناولت الاتفاقية الموقعة بين الجمهورية الجزائرية و فرنسا تعدادا للعناصر المالية المرتبطة بالأرباح المحصلة – المادة 6 – :

161- نفس الحكم بذات الصياغة تضمنته الاتفاقية المبرمة بين الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي.

أ- الفوائد و الأرباح غير الموزعة و الأرباح الصافية من الضرائب و المداخيل التجارية الأخرى.

ب- العوائد الناجمة عن الحقوق المعنوية -إجراءات الملكية الصناعية تحديدا و حقوق المؤلف إضافة إلى الامتيازات الممنوحة بموجب قانون أو عقد خاصة تلك المتعلقة بالتنقيب و الزراعة و استخراج أو استغلال الثروات الطبيعية) – المادة الأولى فقرة د و هـــ من الاتفاقية.

ج- المدفوعات الموجهة لتسيير القروض المبرمة بصفة نظامية.

هـــ- التعويضات المترتبة عن نزع الملكية أو فقدانها المشار إليها في المادة الخامسة من الاتفاقية.

كما تسمح الاتفاقية لمواطني طرفي الاتفاقية المسموح لهم بالعمل على إقليم أو المنطقة البحرية للطرف المتعاقد في إطار الاستثمار المعتمد ، من تحويل حصة مناسبة من مرتباتهم نحو بلهم الأصلي هذا و تضيف الاتفاقية في الفقرة الأخيرة من المادة السادسة أن التحويلات المعنية تتم بدون تأخير بمعدل الصرف الرسمي المطبق بتاريخ التحويل.

في نفس الإتجاه قدمت المادة الخامسة من الاتفاقية الجزائرية و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي مضمون العناصر المالية القابلة للتحويل و التي تكون مرتبطة بالأرباح المحققة و ذلك كما يلي:

أ- مداخيل الاستثمارات بما فيها الأرباح و الفوائد و عائدات رأس المال ، الحصص الموزعة على الشركاء و الإتاوات المرتبطة بالمساعدات التقنية و حقوق الرخصة و المساعدات التقنية و حقوق و المساعدات التجارية و الإدارية.

ب- المبالغ الضرورية لتسديد القروض المحصل عليها بانتظام.

ت- منتوج إعادة تغطية مستحقات الدائن.

ث- التعويضات المسددة تنفيذا للمادة 4 الخاصة بترع الملكية و التأميم.

ج- السماح بتحويل قسط مناسب من مرتبات مواطني الأطراف المتعاقدة المسموح لهم بالعمل في استثمار معتمد.

يتم التحويل إعتمادا على معدل الصرف المعمول به في تاريخ إجراء التحويل ، إعتمادا على معدل الصرف المعمول به في تاريخ إجراء التحويل ووفقا لقانون الصرف المعمول به في البلد المضيف.

* يفهم من المثالين السابقين أن إرادة الأطراف المتعاقدة اقتصرت على تضمين الإتفاقيتين لكل العناصر - أو على الأقل أغلبيتها – المالية المرتبطة بالإستثمار مع إستبعاد رؤوس الأموال والإبقاء على جملة من الشروط والضوابط تخص تنفيذ عملية التحويل نحو الخارج . بعبارة أخرى فإن المستثمر الأجنبي يكون له مطلق الحرية في تحويل العناصر المالية المتصلة بالأرباح – من حيث المبدأ – شريطة تحقق الضوابط المتصلة بالنقاط التالية:

1- دفع المستحقات الضريبية.

2- انتظام القروض البنكية الموقعة مع شريك مصرفي أجنبي من دون تبيان إشتراط وجود علاقة بين تلك القروض و الإستثمار المقام.

3- تمكين مستخدمي المشروع من تحويل قسط من أجورهم من دون تحديد هذا القسط ولا كيفية احتسابه ، وإقتصار التحويل على مواطني الأطراف المتعاقدة فقط مما يجعلنا نتساءل عن مصير التحويلات المحتملة والتي يقوم بها مستخدمي المشروع من ذوي الجنسيات الأخرى خاصة أن التشريع الوطني – قانون 93-12 وقانون النقد والقرض 90-10 المعمول بهما خلال فترة المصادقة على الإتفاقيتين – لم يتضمنا النص على إمكانية تحويل الأجور.

ب- الحرية المقيدة :

لم تسلك الإتفاقيات طريقا وحيدا بهذا الخصوص فنجد بعضها وضع قيدا على نوع العملة المحولة بإشتراط أن تكون هي ذات العملة التي تم بها الإستثمار – تجري التحويلات بدون تأخير بالعملة التي أنجز بها الإستثمار- الإتفاقية الجزائرية الرومانية المادة 5 – ، ولا يتم التحويل بعملة أخرى غيرها إلا بالإتفاق مع المستثمر في إطار عقود الدولة ، بينما لم تتعرض بعضها لمسألة نوع العملة وإن كانت قد نظمت إجراءات التحويل أو حددت أنواع المال المسموح بتحويله ، في حين سلك نوع ثالث من الإتفاقيات مسلكا وسطا إرتيء الأخذ بعين الإعتبار مصلحة المستثمر والبلد المضيف فقضى أن تتم التحويلات بأي عملة قابلة للتحويل بحرية كنص المادة 7 من الإتفاقية الجزائرية الإسبانية فقرتها الأخيرة " تتم التحويلات في مدى لا يتجاوز ثلاثة أشهر بعملة قابلة للتحويل بكل حرية"[162] .

أما بخصوص سعر الصرف الواجب إعتماده حين إجراء عملية التحويل ، فقد نظمته أغلب الإتفاقيات الثنائية بالنظر إلى قيمة العملة يوم التحويل أو باستعمال عبارة " معدل الصرف الرسمي المطبق في تاريخ التحويل " ، و يأخذ سعر الصرف أهمية كبيرة في جل الإتفاقيات الإستثمار الثنائية التي وقعت عليها الجزائر، فقد نصت المادة 5 ف 3 من الإتفاقية الجزائرية الرومانية على أنه" تجرى التحويلات بدون تأخير بالعملة التي أنجز بها الإستثمار أو أية عملة قابلة للتحويل يتم الإتفاق عليها بسعر الصرف المعمول به في تاريخ التحويل وبدون أية أعباء "، وتبين المادة 4 الفقرة الأخيرة من الإتفاقية الثنائية الجزائرية الإيطالية "...تتم التحويلات المشار إليها في الفقرات السابقة بمعدل الصرف الرسمي وفي غياب هذا الأخير وفق معدل الصرف المطبق بتاريخ هذه التحويلات للدولة التي تم على إقليمها الإستثمار بالعملة التي تم بها الإستثمار ".

مما سبق نجد حرص الإتفاقيات على ضرورة أن يجري التحويل بسعر الصرف السائد قبيل عملية التحويل، كما عبرت عنه الإتفاقيات **بوقت التحويل** أو **يوم التحويل،** لذا نادرا ما تغفل الإتفاقيات عن تحديد سعر الصرف المطبق على عملية التحويل، من جهة أخرى وكما تقدم فقد يترك أمر تحديد سعر الصرف المطبق إلى **إتفاق المستثمر والهيئة المكلفة بالإستثمار في الدولة المضيفة** وفي حالة خلو الإتفاقية من الإحالة أو عدم التنظيم أو عدم تنظيم نصوصها لأحكام التحويل يتم تحديد سعر الصرف بالرجوع لأحكام صندوق النقد الدولي

162- وقد حددت مدة التحويل الإتفاقية المبرمة مع إيطاليا بستة أشهر وبالنسبة للإتفاق المبرم مع رومانيا بشهرين أما الإتفاقان المبرمان مع فرنسا والإتحاد البلجيكي الوكسمبورغي فلم ينصا على ذلك يعني هذا أن الآجال التي ستطبق هي الآجال المحددة في المرسوم التنفيذي 93-12 بستين يوما المادة12 ف2.

وفقا للمادة 30 من إتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 والخاص بالعلاقة بين المعاهدات المتتالية المنصبة على ذات الموضوع [163] .

II- الاتفاقية الجماعية:

تدعيما لفكرة التعاون و التكامل الاقتصادي بين الأقطار العربية عملت الجامعة العربية عبر المجلس الاقتصادي على تأكيد آلية انتقال رؤوس الأموال بين الدول الأعضاء، حيث أقرت تسديد مدفوعات المعاملات الجارية و انتقال رؤوس الأموال عبر الاتفاقية الموقعة بتاريخ 26 – 4 -1980 و التي نصت في مادتها الأولى الفقرة الرابعة على أن " تسمح حكومة كل دولة من الدول الأطراف بتحويل الأرباح الناتجة عن استثمار رؤوس الأموال التي ترد إليها تنفيذا لهذه الاتفاقية إلى موطن رأس المال الأصلي ".

و هذا النص كما نرى تضمن تحويل الربح إجمالا و لم يتطرق لعملة التحويل و لم يشر لسعر الصرف الواجب التنفيذ عند إجراء ذلك التحويل كما أنه قيد التحويل باتجاه وحيد هو البلد الأصلي الذي قدم منه الاستثمار ، و الأمر كذلك في اتفاقية استثمار رؤوس الأموال و انتقالها بين الدول العربية المبرمة في إطار مجلس الوحدة الاقتصادية إذ أوردت كل ما يتعلق بحركة المال المستثمر من البلد المضيف إلى الخارج في نص وحيد شملته المادة السابعة بقولها : " يحق للمستثمر العربي في الدول الأعضاء تحويل صافي رأس ماله المستثمر و صافي فوائده و التعويضات المستحقة وفقا لأحكام هذه الاتفاقية "، من النصين السابقين نجد أن أحكام الاتفاقيتين لم توفر المناخ الملائم لجذب الاستثمارات أو على الأقل لم تكن في نفس مستوى الاتفاقيات الثنائية ، خصوصا في ما يتعلق بحرية حركة المال المستثمر لذلك انصبت الجهود لتقرير حرية انتقال رؤوس الأموال العربية داخل الدول العربية و تحصينها بالضمانات اللازمة لما من شأنه تشجيع المستثمر العربي للاستثمار في أي من الأقطار العربية فوضعت القواعد القانونية المنظمة لذلك في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980 في عمان الأردن و جاءت هذه الاتفاقية أفضل مما سبقها و أكثر وضوحا.

و في هذا الخصوص فقد تضمنت الاتفاقية في المادة 7 ف 1 بتمتع المستثمر العربي بحرية تحويل رأس المال العربي بقصد الاستثمار في إقليم أية دولة طرف و بحرية تحويل عوائده دوريا ، ثم إعادة تحويله إلى أية دولة طرف بعد الوفاء بالتزاماتها المستحقة بدون أن يخضع في ذلك إلى أية قيود تمييزية مصرفية أو إدارية أو قانونية و بدون أن تترتب أية ضرائب أو رسوم على عملية التحويل و لا يسري ذلك على مقابل الخدمات المصرفية.

و بينت الاتفاقية عملة التحويل بأنها العملة التي ورد بها الاستثمار أو أية عملة قابلة للتحويل كما حددت سعر الصرف بعبارة – السائد عند التحويل – ، و رتبت فترة زمنية يجب التحويل خلالها مقدرة إياها بثلاثة أشهر و في حالة تجاوز تلك المدة يتم احتساب فائدة على الأموال غير المحولة ، حيث نصت المادة 38 على أنه "في أي حالة تتطلب تحويل عملة تنفيذا لأحكام الاتفاقية ، يتم التحويل بعملة الاستثمار أو بأية عملة أخرى

163- علي ملحم الرسالة السابقة .

قابلة للتحويل، بموجب سعر الصرف السائد يوم التحويل في الدولة التي يجري فيها التحويل و عند تعدد أسعار الصرف يتم الرجوع إلى المجلس الاقتصادي الذي يستعين بصندوق النقد العربي ، يتم التحويل خلال المدة اللازمة عادة لاستكمال الإجراءات المصرفية بلا تأخير، فإذا تأخر تحويل المال أكثر من ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم طلب مستوفي الشروط القانونية ، يستحق المستثمر على الدولة فوائد عن المال غير المحول اعتبارا من تاريخ انتهاء تلك المهلة بأسعار الفائدة المصرفية السائدة في الدولة التي يقع فيها الاستثمار".

و هذا الحكم يشبه ما ذهبت إليه القواعد الإرشادية للبنك الدولي لعام 1992 – المادة 6/3 [164] القاضية "بالسماح بتحويل صافي الدخل الذي يحققه الاستثمار و كذا تحويل المبالغ اللازمة لسداد المديونية التعاقدية عند استحقاقها و غيرها من الالتزامات و ذلك بنفس عملة الاستثمار إن ظلت قابلة للتحويل أو أية عملة أخرى يعتبرها صندوق النقد الدولي عملة حرة، أو يقبلها المستثمر بالسعر السائد في السوق" و لم تحدد القواعد الإرشادية فترة ثلاثة أشهر لإتمام إجراءات التحويل [165] كما جاء في الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية و إنما رتبت على أي تأخير في إجراء التحويل من قبل البنك المركزي أو أية هيئة عامة أخرى في البلد المضيف ، فائدة بالسعر العادي للنقود الوطنية من يوم تسلم البنك أو الهيئة المبالغ بالعملة المحلية و حتى يتم التحويل فعلا. مما تقدم نخلص إلى نتيجة أن الاتفاقيات الجماعية المتناولة تسلك في التحويل ثلاثة اتجاهات هي :

1- الإحالة للقانون الوطني.

2- مبدأ حرية التحويل المقيد بشروط.

3-الأخذ بمبدأ الدول الأولى بالرعاية.

المادة 11 من اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي تضمنت النص على السماح بحرية تحويل و بدون آجال لرأس المال و عوائده أو أية دفوعات أخرى متعلقة بالاستثمار، و ينجز التحويل بعملة قابلة للتحويل حسب سعر الصرف الرسمي الجاري به العمل في تاريخ التحويل يبدو أن أطراف الاتفاقية أقروا مبدأ حرية التحويل للعوائد – أي الفوائد – المترتبة على الاستثمارات أو أي دفوعات أخرى متصلة به و يتم ذلك بدون آجال- Sans délais - و يبدو هنا وجود تعارض بين المرسوم التشريعي 93 – 12 الذي ينص على أن التحويل يتم بعد 60 يوما و الاتفاقية التي تقول بأن التحويل يكون بدون آجال ،أمام هذا التعارض يطرح السؤال لمعرفة ماهي الأحكام التي تسمو على الأخرى ؟ إذا عدنا إلى دستور 1989 نجد المادة 123تنص على أن (المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون) على هذا الأساس فالاتفاقية هي التي تطبق في مجال الاستثمارات المنجزة بين دول الاتحاد و يتم التحويل بدون آجال خلافا لما نص عليه المرسوم التشريعي 93 – 12 و تبقى مسألة تحديد

164- د/ ابراهيم شحاتة (القواعد الإرشادية للبنك الدولي بشأن معاملة الاستثمارات الأجنبية) مصر المعاصرة السنة 83 العدد 427 بتاريخ جانفي 1992 صفحة 19 و ما بعدها.

165- Le droit monétaire international (statut du FMI) distingue deux catégories d'états, les premiers relevant de l'article VIII-2 ont une monnaie convertible et l'obligation d'assurer la liberté des paiements courants internationaux, mais conservent le droit de contrôler les opérations de change, tandis que les états de l'article XIV ont le droit de maintenir et d'adapter leur réglementation des opérations de change existant au moment de l'adhésion … Droit international des investissement op cit page 80.

المقصود بعبارة (بدون آجال) لأنه حتى و إن كان التحويل بدون آجال و هذا لا يعني أن المستثمر لا يخضع لأية رقابة ثم أن تنفيذ هذه الرقابة من شأنه استغراق بعض الآجال ... ، ذلك أن الاتفاقية تنص على إمكانية الدول الأعضاء وضع جملة من الشروط تلزم المستثمر بالتصريح بالتحويل ، كما تمكن الدول من سن القوانين التي تراها مناسبة لاستخلاص الضرائب و حماية حقوق الدائنين و كذا تنفيذ الأحكام في الدعاوى المعروضة على القضاء كما سبق و أن قدمنا بالنسبة لتحويل رؤوس الأموال المستثمرة.

يبدو أن الأمور قد تم حسمها - مع تفاوت درجات الحسم - لفائدة المستثمر الأجنبي في مجال الحماية المالية و حرية التحويل و إعادة تصدير أمواله، و لم ترد الإشارة إلى ما قد ترتبه هذه الحرية من اضطراب و عدم توازن على مستوى ميزان مدفوعات الدولة المضيفة ، لا مناص من القول أن الدولة المضيفة و أمام وضعية اختلال ميزان مدفوعاēا فإنها لن تتردد كثيرا في تقييد و تحريم تحويل الأموال المستثمرة إعمالا لمبدأ السيادة.

المبحث الثالث: الحماية القضائية للاستثمار

الأصل العام أن ولاية القضاء في الدولة يشمل جميع المنازعات و جميع الأشخاص الموجودين على إقليم الدولة وطنيين كانوا أو أجانب وفقا لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها، و معنى هذا أن ينعقد الاختصاص بنظر منازعات المستثمر الأجنبي لمحاكم الدولة المضيفة لاستثماره، و يتأكد هدا الأصل بخصوص الفصل في المنازعات بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي من باب أولى ، حيث ينعقد الإختصاص لمحاكم الدولة بنظر هذا النزاع – **إلا في حالة تبني الدولة الأجنبية المطالبة بتفويض من رعاياها ، في هذه الحالة يصبح النزاع دوليا و يكون حله بالطرق التي تسوى بها المنازعات الدولية -** ، و نظرا لوجود عنصر أجنبي في النزاع فإنه يطلق عليها وصف المنازعات ذات الطابع الدولي ، و في هذا الصدد فإن لكل دولة أن تضع القواعد التي تحدد بمقتضاها نطاق اختصاص محاكمها بنظر المنازعات ذات الطابع الدولي باعتبار أن هذا التحديد هو أحد مظاهر سيادة الدولة.

وما دام الأمر كذلك، فإن الدولة حرة في تحديد حالات اختصاص محاكمها إلا أن هذه الحرية غير مطلقة إذ تتقيد عند وضع ضوابط الاختصاص للقضاء الدولي بما تكون قد أبرمته من معاهدات وما ترتبه قواعد العرف الدولي ، بالإضافة إلى تقييدها بواجب مراعاة الفاعلية للإحكام أو قوة النفاذ لما يصدر عن محاكمها من أحكام[166].

و إذا ما طبقنا هذه القيود على منازعات المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة لمعرفة مدى خضوعه لاختصاص المحاكم الوطنية من عدمه، فإنه يجب مراعاة ما يلي:

أولا : إستبعاد قيد "القوة أو الفعالية للأحكام" ، باعتباره قيدا أو ضابطا يحد من الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية و ذلك لأن الأحكام الصادرة من محاكم الدولة لصالح المستثمر أو ضده سيتم تنفيذها على إقليم الدولة و لهذا تتوفر الفعالية أو قوة النفاذ لهذه الأحكام.

ثانيا: يجب استبعاد قيد ما تلزمه القواعد الدولية ، فلا شك أن المستثمر ليس أحد المعنيين بها فهو لا يتمتع بحصانة من أي نوع كما أنه ليس من أشخاص القانون الدولي العام ، بحيث يكون في مركز قانوني يساوي فيه الدولة فتتقبل مقاضاته لها دوليا، و عليه فإن المستثمر من غير المعنيين بقواعد العرف الدولي الذي تسلبه ولاية المحاكم الوطنية من نظر في منازعاته.

166- د/ عبد العزيز سعد يحيى النعماني – مرجع سابق ص 70 – 71 .

ثالثا: يمكن استبعاد قيد ما تقضي به الاتفاقيات المقيدة لاختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات ذات الطابع الدولي، إذا لم تكن كل من الدولة التابع لها المستثمر بجنسيته و الدولة المضيفة طرفين في اتفاقية تقضي بعدم اختصاص المحاكم الوطنية بفض منازعات الاستثمار.

بناء على ما سبق يمكن القول إن منازعات الاستثمار سواء كانت الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي طرفين فيها أم كان النزاع بين المستثمر و الغير فيختص القضاء الوطني في الدولة المضيفة للاستثمار بالفصل فيها، و إذا ما سلمنا بأن منازعات الاستثمار تخضع لسلطة القضاء الوطني دون غيره و هذا هو الأصل ، فإن أية تسوية لتلك المنازعات لا تتم عن طريق محاكم الدولة فإنها استثناء و هذا الاستثناء يعد امتيازا يقصد من ورائه جلب و تسهيل الاستثمارات الأجنبية.

إن هذا الإستثناء جاء و من باب أولى **تلبية لإرادة المستثمرين الأجانب الساعية لتجنب الوقوف أمام القاضي الوطني** لكونهم يخشون الصعوبات المترتبة عن اختلاف المركز القانوني لطرفي النزاع عندما تكون الدولة المضيفة أحد الأطراف المتقاضين ، كما أبدى بعض المستثمرين تخوفاتهم من نظم قضائية لا يعرفونها و يجهلون إجراءات التقاضي أمامها بل و يخشون من تأثر القاضي الوطني بإملاءات السلطة الحاكمة و تحيزه لمصلحة الدولة المضيفة ، كما قد يعتقد المستثمر الأجنبي أن قضاء الدولة المستقبلة غير كفء للنظر في المسائل التقنية و القانونية الكثيرة التعقيد أو يرى أن قانون الدولة المستقبلة للاستثمار متخلف لا يتلائم مع متطلبات المعاملات الاستثمارية.

لكل هذه الأسباب و لغيرها فضل المستثمر الأجنبي الإحتكام إلى التحكيم الدولي كهيئة مستقلة لفض منازعاته مع الدولة المضيفة أو إحدى الهيئات الممثلة لها ، و كان للمستثمر الأجنبي في الإتفاقيات الدولية بمختلف أنواعها و صيغها و درجات نفاذها، الوسيلة المثلى لتقرير التحكيم الدولي في مجال الاستثمارات الدولية حتى أصبحت القوانين الوطنية ذاتها تنص عليه و تنظم ممارسته على المستويين الداخلي و الدولي.

تتضمن إذن غالبية الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار و انتقال رؤوس الأموال النص على أحد ميكانيزمات الممارسة التحكيمية لفض المنازعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي ، هذا الأخير الذي يكون له من خلالها مطالبة الدولة المضيفة بتقديم التعويض عن الأضرار المباشرة أو غير المباشرة التي تلحقه بمناسبة عدم احترام الدولة المضيفة لالتزاماتها التعاقدية ، الإتفاقية أو التشريعية.

إن المميزات الأهم لهذه الميكانيزمات تم أخذها من الآليات القانونية و الإجرائية المعمول بها في التحكيم التجاري الدولي، بالرغم من أن الخلافات التي تنشأ بين الدول المضيفة و المستثمر تستثير في الغالب مسائل ذات الصلة بالمصالح العمومية للدولة المضيفة و تناقضها مع المصالح الخاصة للمستثمر، و هو الشكل غير المتوفر - بنفس الحدة على الأقل - في المنازعات ذات الطبيعة التجارية و التي يهتم بها التحكيم التجاري الدولي .

إن التحكيم فيما بين المصالح المتناقض – المنشأة للمنازعات –بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي، يستوجب التوفيق بين نظريات القانون الدولي العام - لوجود الدولة – ، و مبادئ القانون الخاص خاصة منها الأحكام المنظمة لسريان العقود.

إن هذه الطبيعة غير المتجانسة لمصادر التحكيم الدولي للاستثمارات هو عنوان التحدي الذي يقوم به المحكمون ، في كل مرة تطرح أمامهم مسالة تحكيمية تكون الدولة و المستثمر أطرافها الأساسيين ، و لقد فضلنا تناول هذا المبحث من الزوايا التالية :

1- التشريع الوطني المنظم للتحكيم الدولي.

2- آليات التحكيم الدولية للاستثمارات الدولية

المطلب الأول: التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم الدولي

لقد ارتبط تطور مفهوم التحكيم الدولي بتطور التحكيم التجاري [167] باعتباره طريقة لحل المنازعات الناشئة فيما بين التجار ، كما أن ظهور هذا المفهوم كان في المؤسسات القانونية البدائية و استمرت ممارسته بعد نشأة الهيئات القضائية الرسمية من طرف الدولة الحديثة بسبب إرادة أطراف النزاع تفادي الشكليات و الإجراءات التي تميز القضاء العادي.

و يعتبر الفقه أن التحكيم وسيلة (بدائية) Rudimentaire لحل المنازعات ما دامت تتمثل في عرض الإشكالية على أشخاص خواص ميزتهم الوحيدة هي كونهم أختيروا من قبل طرفي النزاع [168] ، و الطبيعة البدائية أو الإبتدائية للتحكيم تعود من حيث المنشأ إلى مصدره الأول عندما كان يحدث أن يختلف متعاملان حول سعر أو نوعية السلعة المسلمة فيلجآن إلى شخص آخر من الغير ليحتكموا إليه بقصد الفصل بينهم ، و كما يقول المختصون ، يحتمل أن يكون التحكيم التجاري قد وجد منذ فجر التجارة دلك أن كل مبادلة تنطوي على احتمال وجود نزاع ، خاصة و أن الاستمرار المثمر للتجارة الدولية يتطلب وسيلة لحل المنازعات بعيدا عن استعمال القوة ، أي البحث الدائم عن توافق الإرادات و سكونها من حيث اختيار المحكم و الأخذ بمضمون تحكيمه [169] .

هذا و نلاحظ أن نظام التحكيم التجاري الدولي الحالي يعمل بموجب تشكيلة معقدة من المبادئ من حيث استلهامها لمبادئ الاتفاقيات الدولية المنظمة لمسألة التحكيم بشكل عام و القوانين الوطنية، ذلك أن التحكيم و لو كان يبدو بسيطا نجده يتطلب عددا من المبادئ القانونية المختلفة المصادر تهتم بتحديد صفة المحكمين و تعيينهم و كيفيات عزلهم و رد أحكامهم و إبطالها ، الإعتراف بقرارات التحكيم و إجراءات تنفيذه،

167- د/ قادري عبد العزيز – مرجع سابق ص 220.

168-Alain Redferm, Martin Huter, Murray Smith, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international (traduit de l'anglais par Eric Robine) L.G.D.J 1994 page 2.

169- د/ قادري عبد العزيز – مرجع سابق ص 222.

مستويات المساعدة القضائية ... ، و هكذا يكون تطور عالم الأعمال و التبادلات قد جعل التحكيم أكثر تعقيدا و بالتالي أكثر قانونية و أكثر تأسيسا Plus juridique et plus institutionnel بالرغم من احتفاظه بميزاته الأولى الرئيسية ، ذلك أنه يبقى معتمدا على وجود طرفين متنازعين أو أكثر يتفقان على اللجوء إلى شخص خاص لحل نزاعها و صدور قرار ينهي ذلك التراع [170] .

و هكذا يكون التحكيم مثلما يقول الاستاذ رولي دافيد **عبارة عن تقنية تهدف إلى إعطاء حل لمسألة تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص من طرف شخص أو عدة أشخاص – المحكم أو المحكمين–، يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص و يحكمون بناء على ذلك الاتفاق دون أن يكونوا مكلفين بتلك المهمة من طرف الدولة.**

بعد هذا ما هو المضمون الوطني للتحكيم الدولي ؟ أو بعبارة أخرى كيف تناولت التشريعات الوطنية مسائل التحكيم الدولي.

أولا : التحكيم الدولي في التشريع الجزائري

يذهب الأستاذ أحمد محيو إلى القول إن الممارسات الأولى للتحكيم الدولي في الجزائر ما بعد الاستقلال، كان لها من الأثر السلبي بحيث كان لها كبير الوقع على التصور العام لفكرة و لممارسة التحكيم كإجراء قضائي من نوع خاص[171].

لقد ارتبط إذن موضوع التحكيم الدولي بالجزائر بالآثار المباشرة الناشئة عن تنفيذ مضمون اتفاقيات إيفيان بشأن حقوق الامتياز الممنوحة للشركات الفرنسية العاملة في مجال استغلال المحروقات ، من حيث أنها نصت على تفضيل إجراء التراضي conciliation أو التحكيم L'Arbitrage وفي حالة الإختلاف يكون لأحد الطرفين الفرنسي أو الجزائري اللجوء مباشرة إلى محكمة العدل الدولية [172] .

وبتالي كان هذا التوجه تتمة لمضمون التقنين البترولي الصحراوي المعمول به في فرنسا قبل الإستقلال ، مع وجود فارق هام هو تحويل الإختصاص القضائي بشأن المنازعات الناشئة عن نشاط الشركات البترولية الفرنسية من مجلس الدولة الفرنسي إلى التحكيم الدولي.

كان أول إتفاق جزائري فرنسي منظم لمسألة التحكيم بتاريخ 14 سبتمبر 1963 [173] ليتبع بالإتفاق المؤرخ في 29 جويلية 1965 [174] والذي تضمن تعريف مغاير لنظام إستغلال المحروقات وشروط تواجد الشركات الفرنسية ، إضافة إلى موضوع التحكيم الدولي، إن مضمون هذه الإتفاقيات على إختلافها الشكلي شكل قيد على السلطات الجزائرية في توجيه ومراقبة الأعمال المترتبة عن حقوق الإمتياز الممنوحة للشركات الفرنسية تحديدا.

170- Alain Redferm, Martin Huter, Murray Smith, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international op cit page 11.

171- Ahmed MAHIOU –Remarques sur les positions de l'Algérie en matière d'arbitrage- Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie-. Revue mutation No 44. « ....Pour tout un ensemble de raison, l'arbitrage n'est pas né en Algérie sous la bonne étoile et les premiers expériences vécues l'été dans des circonstances et un contextes qui vont marquer la procédure arbitrale »

172- Déclaration de principe du 19.03.1962.

173 - الجريدة الرسمية لسنة 1963 صفحة 966.

174- الجريدة الرسمية لسنة 1965 صفحة 980.

ثم إن مضمون التحكيم المدون في هذه الإتفاقيات جاء مخالفا تماما لما هو معمول به في القانون الدولي، بحيث جاء معرقلا لممارسة السلطة الوطنية لإختصاصها في مجال الجباية البترولية.

إن التوجهات السياسية و الإقتصادية التي مارستها الجزائر ونادت بها على الصعيد الدولي- ضمن مجموعة ال77 بعد 1965- ما كانت لتقبل بالمضمون " **المقيد لممارسة صلاحياتها كدولة وطنية**" المعبر عنه عبر الإتفاقيات الجزائرية الفرنسية لسنوات 1963 و 1965 ، ثم إن الممارسات و"التماطل" الغير مبرر للسلطات الفرنسية بشأن مراجعة مضمون هذه الإتفاقيات ، دفع بالسلطات الجزائرية حينها إلى إتخاذ مواقف أكثر راديكالية تمثلت في تأميم المحروقات، وإستبعاد إجراء التحكيم الدولي بالتبعية لفض المنازعات وجعل الإختصاص القضائي للغرفة الإدارية لدى المحكمة العليا بإعتبارها هي المختصة بالنظر في كل القضايا التي تكون الدولة أحد أطرافها [175].

ثم إن موقف الجزائر من التحكيم الدولي لم يتوقف عند المنازعات المرتبطة بإستغلال ثرواتها الطبيعية بل نراها إتجهت إلى تعميمه على كل أشكال الممارسة التحكيمية معللة " موقفها على المستوى السياسي و القانوني :

- أما على **المستوى السياسي** فقد اعتبرت الجزائر أن قبولها بالتحكيم الدولي في مجال المنازعات المرتبطة بمنح حقوق الامتياز للشركات الفرنسية ، **إنما كان نتيجة لمفاوضات غير متكافئة ثم إن هذه التنازلات لم تكن حصيلة مفاوضات حرة و متوازنة ، إن القبول بالتحكيم الدولي وفقا للشروط و الأحكام الفرنسية كان يمثل بالنسبة للجزائر ثمنا آخر تدفعه لتحقيق الاستقلال.**

- أما على **المستوى القانوني** فإن مضمون الاتفاقيات الموقعة مع فرنسا تضمن مبدأين اثنين يتناقضان مع المبادئ المعمول بها في مجال التحكيم الدولي هما:

أ- الأثر الموقف المترتب عن التحكيم L'effet suspensif معنى ذلك أن كل إجراء تتخذه السلطات العمومية الجزائرية في مواجهة الشركة الفرنسية يتم التوقف عن العمل به مباشرة بعد تسجيل إجراء التحكيم، و هو الإجراء غير المعروف في القانون الداخلي و القانون الدولي حيث نصت عليه المادة 5 من اتفاقية 1963 "و يستمر التوقف عن العمل بالإجراء العمومي إلى حين النطق بالقرار التحكيمي" ، يبدو جليا التفاوت الموجود بين الطرفين أي الدولة الجزائرية من جهة و الشركة الفرنسية من جهة أخرى، على اعتبار أن هذا الحكم إنما كان موجها فقط لعرقلة كل إجراء عمومي لا يخدم مصالح الشركات الفرنسية و بالتالي الدولة الفرنسية.

ب- الأثر المباشر و الإلزامي للقرار التحكيمي ، و هو مضمون المادة 4 من اتفاقية 1963 « les sentences arbitrales sont exécutoire sans exequatur » يعني هذا أن القرار التحكيمي يكون نافذا في مواجهة الأطراف

175- Ahmed MAHIOU –Cours de Contentieux Administratif – Alger OPU 1978 page 120.

من دون الحاجة إلى إصباغه بالصيغة التنفيذية من قبل القاضي الوطني ، و يتم ذلك في خلال 3 أيام بعد صدور القرار التحكيمي.

إن هذه الوضعية غير الطبيعية تحرم الدولة الجزائرية من حقها في الدفع بمبدأ احترام القوانين و النظم الداخلية الخاصة بالنظام العام ، و هو المبدأ المعترف به في القانون الدولي و المعمول به في الدول الأكثر تمسكا بالتحكيم الدولي.

من جهة أخرى فإن التجربة الجزائرية – الفرنسية في مجال تنظيم و ممارسة التحكيم خلال هذه المرحلة، دفعت ببعض المستثمرين الأجانب – من غير الفرنسيين- إلى المطالبة بتطبيق نفس المبادئ التفضيلية ، ثم إن محاولة الدولة الجزائرية تنويع شركائها الأجانب في مجال المحروقات قصد تجنب الشركات الفرنسية و بالتالي تجنب المبادئ الخاصة بالتحكيم الدولي المعبر عنها عبر الاتفاقيات السابق الإشارة إليها، **هذا التنويع إذن كان موقوفا هو الآخر بشرط تعميم نفس المبادئ في مجال اللجوء إلى التحكيم الدولي و بنفس الشروط.**

إن الموقف الجزائري الرافض لمضمون الاتفاقيات الموقعة مع فرنسا في مجال التحكيم تطور ليصبح معادي -Hostile- من حيث المبدأ لإجراء التحكيم الدولي و للاتفاقيات الدولية المكرسة له ، و التي من أهمها اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و بين رعايا الدول الأخرى -1965- و التي تبناها البنك الدولي للإنشاء و التعمير ، ثم إن التوجه الإيديولوجي و المركز الدولي الذي أصبحت تتمتع به الجزائر في مجال الدفاع عن نظام اقتصادي دولي جديد ، معتبرة أن التحكيم الدولي ماهو إلا تكريس لعلاقات اقتصادية دولية مجحفة و غير متوازنة و بالتالي غير عادلة [176].

إذا كان هذا هو الموقف الرسمي – السياسي – للجزائر من إجراء التحكيم الدولي فإنه و على المستوى العملي فقد حاولت الجزائر إعطاء أبعاد أخرى لمفهوم التحكيم الدولي قوامه:

- الأخذ بعين الاعتبار الأبعاد التنموية للبلاد النامية في عقود و اتفاقيات المتبنية للتحكيم الدولي كوسيلة لفض المنازعات.
- مقر محكمة التحكيم.
- جنسية المحكمين.
- القانون المطبق.

كل هذا بهدف التقليل من هيمنة الدول المتقدمة على إجراء التحكيم ، مع محاولة إعطاء دور أكبر للدول النامية و قوانينها الداخلية و محكمي دول العالم الثالث بالنظر للتوزيع غير العادل الذي يعرفه التحكيم الدولي و ممارسته ، الدولة الجزائرية من جانب أخر و خلال سنوات السبعينيات كانت تقيم التفرقة بين الدولة كأحد أطراف العقد و المؤسسات العمومية التابعة لها بشان مسالة التحكيم الدولي حيث أن العقود التجارية أو الاستثمارية التي تكون فيها الدولة طرفا ، لا يمكن أن تتضمن النص على التحكيم الدولي بأي شكل من الأشكال، أما التعاملات و العقود التي توقعها المؤسسات العمومية التابعة للدولة

176- Ahmed MAHIOU –Remarques sur les positions de l'Algérie en matière d'arbitrage- Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie- op cit page 15 « ….cela s'est traduit par une pratique systématique de réserve à l'égard de toute convention internationale stipulant l'arbitrage comme moyen de solution des litiges ».

فإن الأمور تكون مغايرة ، بحيث أن الممارسة العملية كانت تأخذ بالتحكيم الدولي من خلال العقود التي توقعها هذه المؤسسات مع الشركاء و الموردين الأجانب و تجعل من الغرفة الدولية للتجارة CCI هي المختصة على الرغم من نص المادة 442 ق ا م المانع للتحكيم!

في حقيقة الأمر فإن هذه الوضعية المشوبة بالضبابية و عدم الوضوح كانت تخدم الجميع ، الدولة على اعتبار أن هذه الوضعية تسمح لها بعدم اتخاذ موقف حاسم من التحكيم الدولي تكون له آثار مباشرة على تعاملات المؤسسات العمومية و بالتالي التنمية الاقتصادية للبلاد ، خاصة في ميدان التعاون جنوب - جنوب [177].

كما أن هذه الوضعية تخدم المؤسسات العمومية على اعتبار أنها تمكنها من هامش للمناورة في مجال مفاوضاتها الدولية ، أما الشركاء الأجانب فإن هذه الوضعية تمكنهم من تجنب الموقف الرسمي المعلن اتجاه التحكيم و تمكنهم بذلك من تجنب القاضي الوطني و الاستفادة من مزايا التحكيم الدولي.

لقد استمر الموقف الرسمي – على مستوى النصوص التشريعية على الأقل – على هذه الشاكلة إلى غاية بداية الثمانينات، أين بدأت تبرز البوادر الأولى لتغير الموقف الرسمي اتجاه التحكيم و كان ذلك بمناسبة الإتفاق الجزائري الفرنسي المؤرخ في 27 مارس 1983 ، إن مقارنة اتفاقي 1963 – 1983 تبين لنا التطور الذي عرفه موقف كل من فرنسا و الجزائر بشأن الإجراءات التحكيمية مع ملاحظة أن اتفاقية 1983 لم تتوقف عند مجال المحروقات و استغلالها ، بل شملت كل المشروعات ذات الطابع العمومي.

بطبيعة الحال لم يعد يمكن الحديث عن **الأثر الموقف** نتيجة التحكيم و لا عن **الأثر المباشر و الإلزامي لقرار التحكيم** ثم إن مقر هيئة التحكيم أصبح الجزائر العاصمة ، أما الطرف الجزائري فأصبح يقبل بتعيين رئيس الهيئة التحكيمية – في حالة الاختلاف أو عدم إمكانية تعيينه من قبل المحكمين الاثنين – من قبل الأمين العام لمحكمة التحكيم بلاهاي ، كما أصبحت الجزائر تقبل بالتحكيم حتى بالنسبة للأشخاص المعنويين العموميين يعني هذا إمكانية استدعاء الدولة للتحكيم الدولي.

- إن موقف الجزائر خلال هذه المرحلة على مستوى الإتفاقيات الدولية وجد على مستوى النصوص التشريعية ما يناقضه و هو نص المادة 442 التي كانت تمنع التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنويين التابعين للدولة ، إن هذه المواجهة بين مضمون الاتفاقيات الدولية [178] و مضمون المادة 442 تم الفصل فيه لصالح الالتزام الدولي ابتداء من دستور 1989 على اعتبار أنه أعطى الاتفاقية الدولية سلطة نفاذ أعلى من القانون [179].
-

177- مثل اتفاقيات التعاون الموقعة مع تونس ،المغرب و السنغال في بداية السبعينات و التي تضمنت النص على التحكيم الدولي . راجع محيو أحمد . المرجع السابق ص 17 . الهامش-

178- اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 جوان 1958 الخاصة بالاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية و التي انضمت إليها الجزائر بتحفظ عبر المرسوم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988.

179- Tout fois un arrêt de la cour suprême daté du 20 juillet 1990 a renversé la tendance en disant que tout différent né de l'exécution d'un marché public relevait des chambres administratives des cours et surtout en estimant que la clause d'arbitrage Algéro-Français et contraire à l'article 442 du CPC et à l'ordre public Algérien » Ahmed MEHIOU op cit page 16.

لقد ارتبط إذن تطور الموقف الرسمي من التحكيم الدولي بصفة عامة بصدور عدد من النصوص التشريعية المنظمة لاستقلالية المؤسسات العمومية ، إضافة إلى القيام بعدد من التعديلات خاصة بالقانون التجاري ليصدر أخيرا المرسوم التشريعي 93 – 09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 المعدل و المتمم للأمر 66 – 154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية .

لقد تضمن المرسوم التشريعي 93 – 09 الإطار العام للتحكيم التجاري الدولي – الفصل الرابع من قانون الإجراءات المدنية بعد التعديل - ، ويعتبر الفقه أن هذا الإطار القانوني يعد شاملا و حديثا على اعتبار أنه يدخل الجزائر ضمن منظومة الدول الآخذة بقواعد التحكيم الدولي الخاصة بفض المنازعات التجارية [180] ، و تجدر الإشارة إلى أن المرسوم التشريعي 93 – 09 تضمن عددا من الأحكام و القواعد المنصوص عليها في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي الصادر بتوصية رقم 2205 و المؤرخ في 17 ديسمبر 1966.

إن هذا الاستلهام يقدم مرة أخرى إجابات صريحة بشأن التوجه الواضح و المتسارع للمشرع نحو تبني و ممارسة الأحكام و القواعد الدولية في مجال التحكيم ، مع محاولة تطبيعها مع واقع الممارسة القضائية و الإجرائية بالجزائر [181].

نلاحظة من جهة أخرى أن القواعد و الإجراءات المنظمة للتحكيم التجاري الداخلي بقيت من دون تغيير منذ 1966 [182] ، خاصة بالنسبة لسير المحاكمة التحكيمية و القواعد العملية في مجال العقود التجارية الدولية ، ذلك أن نص القانون يغفل هذه الجوانب ثم إن حرية الأطراف و إرادتهم عبر اتفاقية التحكيم لا تكفي دائما لحل كل الإشكالات المرتبطة بعملية تحكيمية [183] ، يعود إذن من حيث الأصل للتشريع الوطني مهمة وضع الأطر العامة المحددة لكيفية فض النزاع عن طريق التحكيم و يعود للتشريع كذلك مهمة تحديد مجال تطبيق و نفاذ القواعد و الأحكام المعمول بها دوليا و التي تكون ملزمة للمحكم و للقاضي الوطني على حد سواء ، إضافة إلى موضوعات من مثل الارتباط فيما بين المنازعات connexion des contentieux و تداخلها litispendance ، كل هذه المسائل بقيت غائبة إذن عن قانون الإجراءات المدنية في مجال تنظيمه للتحكيم الداخلي منذ 1966.

إن هذا النقص و الفراغ التشريعي في شأن التحكيم الداخلي كان له بالغ الأثر على مصالح المتعاملين الاقتصاديين، كما أنه شكل تحديا مستمرا للقاضي الوطني إذ نجده مرغما على تقديم أحكام أمام غياب نصوص

180- ISSAD M. Le décret législative du 23.04.1993 relatif à l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, Paris 1993, No 03 PAGE 377.

181- Le Droit des affaires et le développement du secteur privé en Algérie. Rapport de la Banque mondiale site web officiel rapport préparé par M BEKHECHI 2002 Page 34.

تشريعية صريحة بشأن مثلا الآثار المترتبة عن اتفاقية التحكيم بالنظر إلى اختصاص القاضي في حالة عدم توفر حسن النية لدى أحد الأطراف ؟ يذهب بعض القضاة إلى النظر إلى المسألة من منظور الاختصاص و يختلفون بشأن طبيعته هل هو نوعي أو محلي ؟

تثير من جهة أخرى مسألة تنفيذ القرارات التحكيمية، إشكالات مماثلة بحيث أن مضمون المرسوم التشريعي 93 – 09 يترك للقضاة سلطة تقديرية واسعة للنظر في مدى تهديد القرار التحكيمي للنظام العام من عدمه، و هو الشيء الذي يصعب إمكانية تنفيذه هذه القرارات.

إضافة إلى كل هذه الملاحظات ذات الطبيعة القانونية تجدر الإشارة إلى انعدام يكاد يكون كلي لممارسة التحكيم الداخلي من لدن المتعاملين الاقتصاديين الوطنيين أنفسهم ، و مرد هذا الموقف السلبي هو غياب ثقافة البحث عن أشكال مغايرة لفض المنازعات التجارية ، إضافة إلى عدم وجود إطار قانوني يشجع على تطوير الممارسة التحكيمية في المواد التجارية ، و تجدر الإشارة هنا إلى الدور الذي من الممكن أن تلعبه الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة و الغرف الجهوية للتجارة 182 .

أما بشأن الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي فقد تناولها قانون الإجراءات المدنية في الباب الرابع – المرسوم التشريعي رقم 93 – 09 المؤرخ في 25 أفريل 1993 – معتبرا في المادة 458 مكرر أن عنصر (الدولية) يخص المنازعات المتعلقة بالمصالح التجارية 183 التي يكون فيها مقر أو موطن أحد الطرفين المتنازعين على الأقل خارج التراب الجزائري ، و يثور الإشكال بالنسبة للمؤسسات التي يكون مقرها الأساسي في الجزائر و تملك في نفس الوقت مراكز في مختلف مناطق العالم **خاصة إذا علمنا أن المشرع الجزائري يربط مسألة تحديد عنصر (الدولية) ، بموضوع مهم بالنسبة لأي متعامل اقتصادي أجنبي ألا و هو تنفيذ القرارات التحكيمية.**

يشترط من جانب آخر المشرع الشكلية على اتفاقية التحكيم، إذ يعتبر باطلا أي اتفاق للجوء إلى التحكيم الدولي لا يتم في عقد مكتوب. أما من حيث الموضوع فإن اتفاقية التحكيم تكون مرتبطة بالشروط التي ينص عليها القانون الذي اتفق عليه الأطراف أو القانون المنظم لموضوع النزاع إذا ما تضمنت الاتفاقية النص عليه ، و لا سيما القانون الذي أقيم على أساسه القانون الأساسي للمؤسسة -المادة 458 مكرر 1-.

تمكن المادة 458 مكرر 2 الأطراف من تعيين المحكم أو المحكمين مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي يعدد شروط تعيينهم و شروط عزلهم و استبدالهم، و يمكن للأطراف رد المحكمين في الحالات التالية:

أ – عدم توفر المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف – لا يتناول القانون حالة عدم الإتفاق بين الأطراف حول هذه المؤهلات و الحلول الواجب إتباعها حينها- .

-183182- Le Droit des affaires et le développement du secteur privé en Algérie. op cit Page 39.

نشير هنا و فيما يتعلق بالحديث عن التحكيم التجاري الدولي إلى أن هذا النقد لا يقتصر على المسائل التجارية العادية كما هي مبينة في القوانين التجارية الوطنية بل يأخذ مفهوما موسعا يشمل كل العمليات ذات الطابع الاقتصادي ، و لتوضيح ذلك نعتمد على ما جاء في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إذ نجد أن المادة الأولى من ذلك القانون تحتوي في هامش خاص تعريفا موسعا لمعنى التجاري بحيث يشمل (...العلاقات التجارية التعاقدية و غير التعاقدية دون الإقتصار عليها لتشمل كل معاملة تجارية متعلقة بتوريد أو تبادل البضائع أو الخدمات ، و كذا اتفاقيات التوزيع و التمثيل التجاري و التحصيل – أو شراء و خصم الديون – و اعتماد التأجير Crédit bail و تشييد المصانع و الخدمات الاستشارية و الأعمال الهندسية و التراخيص و الاستثمارات و التمويل و المعاملات المصرفية و التأمين و اتفاقيات الإستغلال أو الإمتيازات و المشروعات المشتركة و أشكال التعاون الصناعي و التجاري الأخرى و نقل البضائع و المسافرين جوا أو بحرا أو برا أو بالسكك الحديدية أو الطرق .

ب- عندما يكون سبب الرد هو ما يتضمنه النظام التحكيمي الذي اعتمده الأطراف .

ج- قيام الإرتياب المشروع في استقلالية المحكم بسبب وجود علاقات اقتصادية أو علاقة مصالح مباشرة أو بواسطة شخص آخر مع أحد أطراف التزاع.

أما في الإجراءات اللازم إتباعها أمام الهيئة التحكيمية فيمكن القانون الأطراف من الاتفاق على ذلك عبر اتفاقية التحكيم و بالإشارة إلى الإجراءات المعتمدة في نظام تحكيمي ما ، و في حالة غياب كل ذلك يمكن للهيئة التحكيمية ضبط الإجراءات مباشرة أو الاستناد إلى قانون أو نظام تحكيمي تختاره.

يكون للهيئة التحكيمية أن تفصل في اختصاصاتها و يستوجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع يتعلق بالموضوع.

هذا و يكتسي القرار التحكيمي فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه، و يأمر بالتنفيذ الجبري و ذلك حسب الشروط التي حددتها المادة 458 مكرر 17 بشأن الاعتراف بالقرارات التحكيمية و تنفيذها الجبري :

- إثبات وجود القرار التحكيمي بتقديم الأصل مرفوقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ من هذه الوثائق.
- ألا يكون هذا الاعتراف مخالفا للنظام العام الدولي. إن هذا الشرط يثير من التساؤلات أكثر مما يقدمه من إجابة بحيث يجعلنا نتساءل عن مدلوله خاصة بالنسبة للقرارات التي ستنفذ في الجزائر ، ثم ما هي طبيعة السلطة التي بإمكانها الحكم بمخالفة "الاعتراف" لنظام العام الدولي ؟ . تكون قرارات المحكمين المعترف بها قابلة للتنفيذ بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت هذه القرارات في دائرة اختصاصه أو من رئيس محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم خارج الجزائر، و يكون هذا الأمر – نصت المادة 458 مكرر 22 خطأ القرار – قابلا للاستئناف أمام المجلس الذي يتبعه رئيس المحكمة الذي فصل في طلب الاعتراف أو التنفيذ.
- يمكن أن تكون من جهة أخرى القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي موضوع دعوى طعن بالبطلان Recours en annulation و ذلك في الحالات التالية : المادة 458 مكرر 23:
  - إذا تمسكت محكمة التحكيم خطأ باختصاصها أ و بعدم اختصاصها.
  - إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها.
  - إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفين للقانون.
  - إذا فصلت محكمة التحكيم دون الامتثال للمهمة المسندة إليها .
  - إذا فصلت محكمة التحكيم زيادة عن المطلوب أو لم تفصل في وجه من وجوه الطلب.
  - إذا لم يراعى مبدأ حضور الأطراف.
  - إذا لم تسبب محكمة التحكيم قرارها أو إذا وجد تضارب في الأسباب.
  - إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي.

يلاحظ أن دعوى الطعن المشار إليها في المادة 458 مكرر 25 هي تلك الدعوى التي تلحق بالقرارات التحكيمية الصادرة عن هيئات تحكيمية تجعل من قانون الإجراءات المدنية الجزائري مرجعا لها.

يوقف أجل تقديم الطعن – شهر – تنفيذ الأحكام التحكيمية، ثم إن تقديم الطعن في آجاله يرتب توقف التنفيذ ، و تكون أخيرا الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الناظرة في الطعون المقدمة بالتماس البطلان قابلة للطعن بالنقد أمام المحكمة العليا.

تناول القانون رقم 05 – 07 المؤرخ في 28 أفريل 2005 المتعلق بالمحروقات مسألة التحكيم الدولي عبر مادته 58 حيث نصت على أنه "يسوى كل خلاف بين الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات و المتعاقد الأجنبي ينجم عن تفسير و/أو تنفيذ العقد أو عند تطبيق هذا القانون و/أو النصوص المتخذة لتطبيقه ، عن طريق **المصالحة المسبقة** وفق الشروط المتفق عليها في العقد في حالة عدم التوصل إلى حل يمكن عرض الخلاف **للتحكيم الدولي** حسب الشروط المتفق عليها في العقد.

أما إذا كانت سوناطراك شركة ذات أسهم هي المتعاقد الوحيد فإن النزاع يسوى بتحكيم الوزير المكلف بالمحروقات، يطبق القانون الجزائري و لا سيما هذا القانون و النصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلافات".

لقد خص المشرع إذن عبر هذه المادة ميدان المحروقات بخاصية تميزه عن الميادين الأخرى التي تبقى خاضعة لمضمون المرسوم 93 – 09.

يسبق المشرع إجراء المصالحة المسبقة قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي بشأن كل ما قد يطرأ من نزاعات بخصوص تفسير و/أو تنفيذ العقد الذي يربط الوكالة الوطنية لتثمين مواد المحروقات – المنصوص عليها في المادة 12 إضافة إلى الوكالة الوطنية لمراقبة النشاطات و ضبطها في مجال المحروقات – ، أو عن تطبيق مواد القانون رقم 05 – 07 و /أو النصوص التنفيذية الخاصة به، و يتم ذلك بحسب الشروط و الإجراءات المنصوص عليها في العقد ، **أما إذا تعلق النزاع بعقد مبرم بين الوكالة و شركة سوناطراك فلا مجال من جهة للحديث عن المصالحة المسبقة ثم إن التحكيم يتم أمام الوزير يعني هذا أن التحكيم يكون إداريا أمام الجهة الوصية.**

و لكن السؤال الذي يطرح هو ما الحل في حالة وجود شراكة ابتدائية بين شركة سوناطراك و شريك أو شركاء أجانب في إطار تنفيذ عقد موقع مع الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات؟

لقد شمل التعديل الأخير الذي مس القانون رقم 05 – 07 المادة 58 منه، بإضافة فقرة ثالثة تخرج شركة سوناطراك من إجراء التحكيم الدولي في حالة وجود شراكة إبتدائية بينها و بين متعاملين أجانب، خاصة إذا علمنا أن كل العقود المتعلقة بالتنقيب و الاستغلال أو الاستغلال فقط يشترط تضمينها بندا إلزاميا يمكن شركة سوناطراك من 51% من مضمون العقد.

إن وضعية كهذه من شأنها تقديم إشكالات من نوع خاص للتحكيم الدولي ، ذلك أنه لا يمكننا تصور وجود إجراء تحكيمي في مواجهة الشريك الأجنبي من قبل الوكالة الوطنية لتثمين موارد المحروقات بمعزل عن شركة سوناطراك صاحبة الأغلبية في المشروع !

ثانيا : القوانين العربية و التحكيم الدولي

ا - التقنين التونسي للتحكيم الدولي:

لم يتوقف المشرع التونسي عند تعديل القانون الخاص بالإجراءات المدنية كما كان الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري في مجال تنظيمه للتحكيم الدولي، بل نراه ذهب أبعد من ذلك من حيث أنه أصدر تقنينا خاصا بالمسألة بتاريخ 26 أفريل 1993 ، كما كان الشأن بالنسبة لقانون الإجراءات الجزائري قبل التعديل فقد كان يخصص قانون الإجراءات المدنية التونسي مادة وحيدة لمسألة التحكيم الدولي كما كان ينعت القرار التحكيمي الصادر خارج المجال القضائي التونسي بالحكم الأجنبي ، إضافة إلى غموض أحكامه و تعقد إجراءات التحكيم الداخلي.

لقد اعتمد المشرع التونسي على مضمون القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري و الخاص بالتحكيم التجاري الدولي ، في إعداد تقنين التحكيم بل يرى بعض الفقه أنه بالغ في إتباعه على الرغم من الانتقادات التي وجهت لهذا النموذج [184] ، و قوام التقنين اعتماده على مبدأين أساسيين هما:

- حرية أطراف العقد في إعداد و تنفيذ الأحكام الخاصة بالتحكيم في المسائل التجارية.
- الحماية والضمان للعملية التجارية بصفة عامة، كما يمكننا تعداد بعض الخصائص المميزة للتقنين التونسي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي عبر النقاط التالية:

v لا يمكن التقنين التونسي الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام – الدولة و الهيئات الإدارية الأخرى- من اللجوء إلى التحكيم في مجال تعاملاتها الداخلية، غير أنه و بمناسبة اتفاقيات التحكيم التي توقعها في مجال علاقاتها الدولية ذات الطابع الاقتصادي، التجاري أو المالي يمكنها من دلك. مع ملاحظة أن المشرع الجزائري يقصرها على العلاقات التجارية الدولية.

v أما من حيث تشكيل محكمة التحكيم و إجراءاتها فإن التقنين التونسي يعطي كامل الحرية لأطراف اتفاقية التحكيم في تحديدها سواء بطريقة مباشرة أو بالإشارة إلى نظام تحكيمي خاص ، و في حالة سكوت الأطراف فإنه يعود للمحكمين تحديد الإجراءات الواجب إتباعها و ليس لسلطتهم في هذا المجال من حدود إلا تلك المتعلقة بالمبادئ العامة للإجراءات المدنية والتجارية و بشكل خاص القواعد ذات الصلة بالحق في الدفاع – المادة 13 ف 4 – ، و هذا على خلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري عبر المرسوم التشريعي 93 – 09 بحيث أنه فصل مسألة تعيين محكمين و تضمن النص على إمكانية تعيينهم من طرف الأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي يتفق عليه الأطراف ، كما تمكن المادة 458 مكرر 2 الأطراف من تحديد شروط تعين المحكمين و شروط عزلهم أو استبدالهم ، ثم يضيف المشرع الجزائري و في حالة غياب كل هذه الأشكال لتعيين المحكمين أو في حالة صعوبة تعيينهم لظروف و اعتبارات خاصة، يكون للطرف المعني بالتعجيل أن يقوم بما يلي:

184- KALTHOUM MEZIOU – Le droit de l'arbitrage international en Tunisie – article publié sue le site web de la faculté de droit de l'université de Tunis sans date page 01.

أ- رفع الأمر أمام رئيس المحكمة المختصة [185] إذا كان التحكيم يجرى في الجزائر.

ب- رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج و قرر الأطراف تطبيق قانون الإجراءات المدنية الجزائري و تطبق نفس الإجراءات في حالة استعصاء عزل المحكمين أو استبدالهم.

- أما عن تحديد الإجراءات الواجب اتباعها أمام الهيئة التحكيمية و بالإضافة إلى مضمون المادة 13 ف 4 من التقنين التونسي للتحكيم أي إرادة الأطراف في تحديد هذه الإجراءات مباشرة أو بناء على نظام تحكيمي يتفق عليه الأطراف أو أخيرا إخضاعه إلى محكمة التحكيم ، فإن التشريع الجزائري يضيف إمكانية أخرى ترتبط بإرادة الأطراف- عبر اتفاقية التحكيم - تحدد من خلالها الإجراءات اللازم اتباعه في الهيئة التحكيمية- المادة 458 مكرر 6 ف 1- .

- تنص الفقرة 1 من المادة 73 من تقنين التحكيم التونسي على أن المحكم يفصل في النزاع اعتمادا على مبادئ القانون حتى لو كان "مفوضا للصلح" amiable compositeur في مضمون اتفاقية التحكيم ، كما يكون ملزما بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف ، و في حالة عدم النص على هذا الإختيار يعود للهيئة التحكيمية مهمة تطبيق القانون الذي تراه مناسبا، كما نجد تأكيد التقنين في مواد عديدة على ضرورة احترام العقد التجاري الرابط بين الأطراف المتنازعة للأخذ بعين الاعتبار العرف الدولي في المواد التجارية ، و هو ما نصت عليه تقريبا المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي 93 – 09 حيث اعتبرت أن لمحكمة التحكيم أن تفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، و في غياب ذلك تفصل وفقا لقواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة - و كان الأجدر بالمشروع أن يضيف ملائمة مع طبيعة النزاع - .

و كما فعل المشرع الجزائري فقد تضمن التقنين التونسي النص على إجراء الطعن بالبطلان في القرارات التحكيمية ،كما سمح التقنين التونسي للأطراف التنازل عن هذا الإجراء إذا لم يكن لهم موطن أو إقامة بتونس، كما تضمن التقنين التونسي جملة من المبادئ الحمائية المكرسة دوليا على صعيد القضاء و التحكيم الدوليين، القوانين الحديثة الخاصة بالتحكيم التجاري و كذا الاتفاقيات الدولية و التي من بينها – أي المبادئ- **استقلالية البند الخاص بالتحكيم عن العقد أو الاتفاقية و ذلك من حيث البطلان** "L'autonomie de la clause compromissoire qui échappe à l'éventuelle nullité du contrat » إضافة إلى **اختصاص الحكم الدولي لنظر في مدى اختصاصه في النزاع المعروض عليه** و ذلك لتجنب منازعات جانبية أخرى تكون قبل أو أثناء مباشرة دعوى التحكيم ، (و هو مضمون نص المادة 458 ف 7 من المرسوم التشريعي 93 – 09)

النص كذلك على **المساعدة المقدمة من قبل السلطة القضائية في مجال الحصول على الأدلة أو إصدار أوامر مؤقتة أو تحفظية.**

185- و هي المحكمة المحددة في اتفاقية التحكيم أو المحكمة التي حددت هذه الإتفاقية مقر محكمة التحكيم ضمن دائرة اختصاصها أو المحكمة مقر إقامة المدعى عليه أو المدعى عليهم في النزاع أو محكمة مقر إقامة المدعي إذا كان المدعى عليه لا يقيم بالجزائر المادة 458 مكرر 3.

على خلاف التوجه الذي اختاره المشرع الجزائري من حيث أخذه بالاختصاص الإقليمي للمحاكم بمناسبة الاعتراف أو طلب تنفيذ القرارات التحكيمية، فإن المشرع التونسي أرجع الاختصاص إلى محكمة الاستئناف بتونس العاصمة ، بعبارة أخرى فقد ركز المنازعات المتصلة بالاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية أمام جهة قضائية وحيدة [186].

ب - التشريع المصري :

لقد نظم المشرع المصري المنازعات ذات الطابع الدولي ضمن مقتضيات قانون المرافعات، و قد أخذ في منح الاختصاص للمحاكم الوطنية من عدمه بمعيارين أحدهما موضوعي و الآخر شخصي [187].

- الضابط الموضوعي: و يتلخص ذلك في أن للمحاكم المصرية الاختصاص الدولي بنظر منازعات الاستثمار وفقا للضابط الموضوعي بناء على وجود رابطة بين إقليم الدولة في ثلاث حالات هي:

* ضابط موقع المال : و تختص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى المتعلقة بمال موجود على إقليم الدولة المصرية بوصفها مضيفة للاستثمار ، يستوي في ذلك أن يكون هذا المال عقارا أو منقولا و بصرف النظر عن جنسية المدعي أو المدعى عليه سواء كان وطنيا أو أجنبيا، و هذا الضابط يعد من القواعد الأساسية المقررة لاختصاص محاكم الدول و هي قاعدة مسلمة و قد استقر العمل بها في كافة الدول .

* ضابط الدعاوى المتعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه في الدولة المضيفة للاستثمار، و قد نصت على هذا المبدأ المادة 30 ف 2 من قانون المرافعات المصري فإن الاختصاص بنظر الدعاوى الناشئة عن التزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه في مصر ينعقد الاختصاص لمحاكمها الوطنية.

* ضابط الدعوى المتعلقة بإفلاس أشهر على إقليم الدولة : يضاف إلى ماسبق من ضوابط اختصاص موضوعي للمحاكم الوطنية المصرية بالنظر في المنازعات ذات الطابع الدولي المتعلقة بإفلاس أشهر على أراضيها، يستوي في ذلك أن يكون المدعي عليه وطنيا أو أجنبيا و سواء كان متوطنا في الإقليم أو مقيما فيه و سواء كان له موطن تجاري أو موطن عام.

- الضابط الشخصي : و الأصل هنا أن يعتد المشرع بمركز المدعي عليه، كضابط لاختصاص المحاكم الوطنية، بنظر الدعاوى ذات الطابع الدولي ، اد الأصل أن المدعي عليه بريء ، و إن على المدعي أن يسعى إليه أمام محكمته، ومن ثم فان محاكم الدولة تختص بنظر الدعاوى المرفوعة على الوطنيين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين ، أو أشخاصا اعتبارية ، و اختصاص الشخص أمام محاكم دولته من الأمور المسلمة ، التي لا تحتاج إلى

نص في دلك ، و تختص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى على الوطني ، سواء كان مقيما في الدولة أو خارجها، و في جميع الدعاوى إلا ما تعلق منها بعقار يقع خارج حدود الدولة - المادة 28 من قانون المرافعات المصري-، هدا و لا يشترط في المدعي، أن يكون متمتعا بجنسية الدولة بحيث تقبل دعوى الأجنبي على الوطني، سواء كان الأجنبي متوطنا، أو مقيما في الدولة ، أو في الخارج ، و من ناحية ثانية، فان المحاكم الوطنية تختص بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي المتوطن، أو المقيم في الدولة فيما عدا " الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج " . تلكم هي أهم الضوابط أو القواعد المنظمة لاختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى ذات الطابع الأجنبي.

لم يتناول القانون المصري رقم 65 لسنة 1971 بشان استثمار المال العربي و الأجنبي و المناطق الحرة التحكيم إلا في حالة واحدة هي تسوية المنازعات المحتملة ، الناشئة حول التعويض عن نزع الملكية ، أو التأميم، بخلاف قانون ضمانات و حوافز الاستثمار رقم 8 لسنة 1997- المادة 7- الذي أولى التحكيم عناية خاصة، حيث اعتبره وسيلة مستقلة و ملائمة لتسوية منازعات الاستثمار، لا بل وسع من نطاق اختصاصه على نحو يكاد يصبح هو الأصل و ليس الاستثناء بخصوص تسوية منازعات الاستثمار.

هدا و تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري، قد خص التحكيم في المواد المدنية و التجارية بتشريع خاص هو القانون رقم 28 لسنة 1994 ، و الذي كان مواكبا لصدور قوانين تعنى برقابة النقد و سعر الصرف و سرية المعاملات المصرفية ، و قد استلهم المشرع المصري أحكام القانون رقم 28 من النموذج الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، غير انه قصر تطبيق أحكامه على المعاملات التجارية الدولية.

بعدما تناولنا مضمون المرسوم التشريعي 93-09 الخاص بالتحكيم الدولي بالجزائر وكذا موقف بعض التشريعات العربية من مسألة التحكيم سنحاول تناول آليات التحكيم الدولي من خلال المطلب الثاني:

186- KALTHOUM MEZIOU – Le droit de l'arbitrage international en Tunisie –

187- د/ عبد العزيز سعد يحيى النعماني – مرجع سابق ص 98

المطلب الثاني : الآليات الدولية للتحكيم في مجال الإستثمار الدولي.

لقد شكلت النقاشات الفقهية المرتبطة بمسألة تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن المنازعات التي تثور فيما بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي إضافة إلى موضوع تحديد المحاكم المختصة الدافع الأول لتطور مسار قواعد التحكيم الدولي [188] ، ذلك أنه وأمام شكوك المستثمر الأجنبي تجاه موضوعية العدالة الوطنية للدولة المضيفة خاصة بالنسبة للدولة النامية التي كانت تأخذ بنظرية الفقيه كالفو- calvo [189] المرتبطة بسيادة الدولة الوطنية وأسبقيتها على أي شكل من أشكال الحماية المقدمة للمستثمر الأجنبي، هذه العوامل دعمت موقف المدافعين على ضرورة وضع وضبط آليات دولية للتحكيم في مجال الاستثمار الدولي.

إذن لتجاوز حدود الحماية الدبلوماسية [190] عمل المستثمرون الأجانب على فرض قواعد اللجوء إلى التحكيم الدولي – les clauses compromissoires - داخل العقود الموقعة مع الدول المضيفة، من خلال هذه القواعد أصبح بالإمكان الإتفاق على اللجوء إلى هيئة تحكيمية بخصوص كل أو بعض ما قد ينشأ من خلافات بينهما مستقبلا بمناسبة تطبيق بنود العقد، غير أنه تبين للمستثمرين الأجانب محدودية هذه القواعد الداعية للتحكيم الدولي من حيث أنها تبقى مرتبطة بالأساس بموضوع العقد وتحتكم إلى التشريع الوطني المنظم للتحكيم الدولي وكذا إلى القاضي الوطني من حيث تنفيذ والإعتراف بالقرار التحكيمي.

لقد عمل المستثمرين الأجانب في بداية الأمر على تحصين القواعد الخاصة بالتحكيم الدولي المنصوص عليها في العقود، كما يلاحظ الأستاذ فوشار[191] عبر حمايتها مما قد يلحق العقد من بطلان إضافة إلى تمكين المحكم الدولي من أن يفصل في إختصاصه بالنظر في المنازعات المعروضة عليه، مع إستبعاد تدخل القاضي الوطني في المنازعات الناشئة عن تطبيق بنود عقد متضمن للتحكيم الدولي.

188- R-David – l'arbitrage dans le commerce International- Paris Economica,1982 page 221.

189- « Cette conception s'est opposée à la doctrine Calvo, adoptée par les Etats d'Amérique latine et qui, justement ne prévoit que des recours de droit interne lors de conflits entre un Etat et un investisseur étranger. Elaborée par le juriste Carlos CALVO au milieu du XIX éme siècle en réponse à l'intervention diplomatique Européenne en Amérique latine, cette doctrine est principalement assise sur deux postulats :

- Rien dans le droit international n'oblige les Etats à offrir un traitement différent aux étrangers par rapport aux nationaux ;

- Grace à l'égalité souveraine des Etats, ceux-ci ne peuvent pas intervenir, par la force ou par la diplomatie, auprès d'un autre Etat suite , par exemple , à une décision judicaire, la protection diplomatique, sauf dans le cas flagrant de déni de justice, n'est donc pas admise » S.K.B Assante – Droit International et Investissement- dans M.bedjaoui, dir, Droit International : Bilan et perspective, Tome 2 Paris, A.Pédone, 1991, et page 713.

190- « Bien avant l'explosion du nombre de traités bilatéraux de protection et de promotion des investissements, le Droit International coutumier reconnaissait le Droit des investisseurs à recourir à la protection diplomatique lorsqu'ils avaient l'impression que leurs intérêts reliés à des investissement étrangers étaient lésés…. et lorsque les recours en droit interne s'avéraient insuffisant. La protection diplomatique peut être sommairement définie comme étant les actions que prend un Etat en vue de défendre ses nationaux contre les préjudices causés par un autre Etat et d'en tirer réparation » Réni BERCHAUD – Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements L'ALENA comme modèle Groupe de recherche en économie et sécurité –GRES- FEVRIER 2000.

191-P.FOUCHARD -Ou va l'arbitrage international ? 1989 Revue de Droit MC GILL page 445

إضافة إلى ما تقدم عملت الشركات المتعددة الجنسيات على إقرار أكبر قدر من الإستقلالية بالنسبة للحكم الدولي في مواجهات ممثلي الدولة المضيفة من إطارات الدولة السامين، بنية تجنب كل أشكال الضغوط المباشرة وغير المباشرة للسلطات التنفيذية والقضائية للدولة المضيفة [192].

هذا كما لم تكتفي الشركات المتعددة الجنسيات بصور الضغط الممارسة على حكوماتها الوطنية وأمام ريبتها وشكوكها الدائمة تجاه مصداقية الأحكام التحكيمية الصادرة تطبيقا لقواعد التحكيم الدولي الوطنية والتي من شأنها المساس بمصالحها الإقتصادية والمالية، عملت بضغط كبير على حكوماتها من أجل وضع نظم تحكيمية أو بالأحرى منظومات تحكيمية دولية تعمل بقدر الإمكان بعيدا عن المرجعيات الفقهية والقانونية للدولة المضيفة.

أولا: النظام التحكيمي الدولي لغرفة التجارة الدولية

إذن ومن منطلق الأهداف المشار إليها أعلاه إضافة إلى مهمة توحيد قواعد التحكيم المهتمة بالمنازعات الناشئة عن تطبيق العقود التجارية الدولية، تبنت غرفة التجارة الدولية[193] إبتداءا من سنة 1921 نظام خاص بالتحكيم الدولي . تكمن أهمية هذا النظام بالنظر إلى الأحكام و القواعد التحكيمية المتناولة للمنازعات الناشئة بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي ، هذه الأهمية التي أكدها عدد القضايا المعروضة أمام نظام التحكيم الدولي للغرفة [194].

غير أن هذا النظام لم يخلو من الانتقاد وهو الأمر الذي ربما يفسر عزوف الإتفاقيات الثنائية لحماية وتطوير الإستثمارات في صيغها الجديدة النص على اللجوء إلى نظام التحكيم الدولي للغرفة [195].

ولعل أهم الإنتقادات الموجهة لهذا النظام هو ما تناولته المادة 21 -المعدلة بنص المادة 27 بحسب التعديل الأخير الذي دخل حيز التنفيذ إبتداءا من الفاتح جانفي 1998 - 196 تنص هذه المادة على الدور الرقابي superviser لمجلس التحكيم الدولي لغرفة الدولية للتجارة، ذلك أن الأحكام التحكيمية لا يمكن إعتماد مقرراتها إلا بعد تبنيها من قبل المجلس [197]، إن مرد هذا التدخل يكمن كذلك في مضمون المادة 35 من نظام التحكيم للغرفة التي تنص « La cour et le Tribunal arbitral procèdent en s'inspirant de ce règlement et en faisant tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale »

في حين تنص المادة 12 فقرة 2 على أنه يمكن لمجلس التحكيم الدولي التابع لغرفة التجارة الدولية، إستبدال حكم على إعتبار أنه لم يحترم المهام المناطة به تطبيقا لقواعد التحكيم الخاصة بالغرفة الدولية للتجارة يعتبر الأستاذ أنطوان كسيس [198] مايأتي: « or, si la cour estime que la sentence comporte une erreur ou la violation d'une règle de droit qui concerne le fond et qui est d'une importance telle que la sentence, si elle était définitivement signée et notifiée, n'obtiendrait pas la reconnaissance et l'exécution dans les tribunaux nationaux du pays ou elle est appelée à recevoir reconnaissance et exécution, l'arbitre n'aura pas rempli ses fonctions conformément au règlement, puisqu'il aura violé l'article 35. <u>La cour peut donc très bien procéder à son remplacement en vertu du pouvoir que lui donne l'article 12-2- bien qu'il s'agisse d'une question de fond et non de forme. cela peut arriver par exemple, si la Cour trouve que le projet de sentence comporte une violation de l'ordre public du pays ou seront requises la reconnaissance et l'exécution.. »</u>

192-P.FOUCHARD -Ou va l'arbitrage international ? op CIT PAGE 446

193-« La chambre de commerce international « CCI » est une association non gouvernementale elle a vu le jour le 24. juin 1920 en vue de favoriser la libéralisation économique internationale. ses quatre principale fonctions sont de :

- représenter la communauté industrielle et commerciale au niveau internationale en particulier auprès des nations unies et des agences spécialisées ;
- Promouvoir les investissements et les échanges internationaux sur la base d'une concurrence libre et loyale ;
- Harmoniser la terminologie et la pratique commerciales ; et fournir certain services, organiser des séminaires et publier de nombreux ouvrages techniques » B.COLAS ? Accord Economiques Internationaux : répertoire des accords et des institutions, Paris la documentation Françaises – Wilson la fleur, 1990 aux pages 263 et 266.

194- Elle aurait fait l'examen d'environ 10.000 affaires depuis sa fondation, et le nombre annuel des cas étudiés grandit d'année en année. Un grand nombre de ces cas ….ont .opposés deux parties privées – voir site WEB de la CCI www.ICC.ORG

195- Seul le traité entre les Etats –Unis et Haïti en fait mention et encore faut –il noter que celui –ci, n'ayant jamais été ratifié, n'est pas à ce jour entrée en vigueur voir Réni BACHAUD op cit page 11.

196- Cet article est rédigé comme suit : « Avant de signer toute sentence, le Tribunal doit en soumettre le projet à la Cour. Celle-ci peut prescrire des modifications de forme. Elle peut en respectant la liberté de décision du Tribunal arbitral, appeler son attention sur les points intéressant le fond du litige. Aucune sentence ne peut être rendu par le Tribunal arbitral sans avoir été approuvé en la forme par la Cour » Voir règlement d'arbitrage de la CCI disponible sur le site web op cit.

197- La cour se compose d'u n Président élu par le conseil de la CCI, de vise Président et de membres, tous nommés par le conseil également et ce selon l'appendice 1 du règlement d'arbitrage voir aussi statut de la cour internationale d'arbitrage de la CCI Article 2 et 3 site officiel CCI op cit.

198- A- KASSIS – Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : les déviations de l'arbitrage international, Paris LGDJ. 1988 PAGE 160-179.

يلخص هذا الموقف بإمتياز نقطة ضعف نظام التحكيم الدولي لغرفة التجارة الدولية ، بحيث أن المادة 35 والمادة 12 تمكن أعضاء المجلس المشكل من كبار المستثمرين الخواص المصدرين في غالبيتهم المطلقة لرؤوس الأموال، من سلطة تقديرية واسعة تشمل موضوع النزاع هذه السلطة التي تمثل بحق " حقا للفيطو " تحدد مصير النزاع الذي قد يشمل مستثمر أجنبي بدولة مضيفة.

أما بشأن القواعد القانونية الواجبة التطبيق، فنظام التحكيم يمكن أطراف النزاع من إختيار و بحرية قواعد القانون التي تحتكم إليها المحكمة بمناسبة نظرها في موضوع النزاع وفي غياب هذا الإختيار أو في غياب الإتفاق على هذه القواعد فيرجع للحكم مهمة إختيار هذه القواعد بحسب طبيعة النزاع وبما يراه مناسبا. وفي كل الأحوال تأخذ المحكمة بعين الإعتبار مضمون العقد وأعراف التجارة الدولية .

إن طبيعة العلاقات الإقتصادية السائدة إبتداءا من نهاية الثمانينات خاصة في مجال تدفق رؤوس الأموال الأجنبية وما يحكمها من إعتبارات ليست في غالب ذات مقاصد وأهداف إقتصادية وتجارية محضة ، إضافة إلى موجة التنافس غير المتكافئ فيما بين الدول المستقبلة لرؤوس الأموال والإستثمارات العينية **تجعل المستثمر الأجنبي في موقف أكثر " راحة " وتميل من باب أولى ميزان القوة لمصلحته** أمام إنحصار نظرية الاستاد كلفو بشأن إشتراط بعض القواعد التحكيمية والقانون الواجب التطبيق عبر العقود الدولية المنظمة لإنتقال رؤوس الأموال وإستثماراتها [199].

أما عن اللجوء إلى " ممارسات التجارة الدولية الأكثر عدالة والتي يعرفها الأستاذ فوشار على أنها "الممارسات المتبعة عادة في قطاع معين للنشاط التجاري" والتي يضفي عليها البعض صفة القواعد العامة للقانون التجاري الدولي ذات المصدر العرفي [200] ، والتي لاقت إنتقادات جوهرية من لدن فقهاء البلاد النامية خلال سنوات الستينات والسبعينات على إعتبار أن بلورت هذه القواعد إنما تمت في غياب غالبية أعضاء المجتمع الدولي المعاصر والتي قدم حيالها الفقيه السوفياتي طنكين نقدا يعد مرجعا في هذا الخصوص [201].

ثانيا : إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.

تمثلت المرحلة الثانية الخاصة بتطوير الأحكام الخاصة بآليات التحكيم الدولة المتناولة للإستثمارات الدولية بشكل عام في إبرام الإتفاقيات الخاصة بالإعتراف وبتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، في إبرام إتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية -10 نوفمبر 1958- والتي دخلت حيز التنفيذ في 7 جوان 1959 مع الإشارة إلى أنه وقبل هذه الإتفاقية لم يكن يعرف أي إلتزام دولي يخص تنفيذ القرارات التحكيمية في القانون

199- Réni BERCHAUD – Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements op cit page 14

200- « Les pratiques habituellement suivies dans une branche déterminée d'activité » voir P.fouchard, E.gaillard et B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage COMMERCIAL INTERNATIONAL ? Paris ? litec 1996 page 818.

201- « On ne peut ignorer que quel que soient le désir et les intentions des juristes qui la défendent, on s'est efforcé et l'on s'efforce encore d'utiliser cette théorie contre les Etats socialistes et les jeunes Etats d'Asie et d'Afrique .Ainsi il est courant de voir compter au nombre des « Principes généraux du droit – les principes juridiques fondamentaux des grandes puissances capitalistes, tels que par exemple la doctrine des « Droit acquis », la juste indemnisation pour la nationalisation des biens étrangers etc »- et de les déclarer communs à tous « Etats civilisés » . ici transparait l'ambition de se servir de « principes généraux de droit » afin de rendre obligatoire pour tous les principes juridiques du système bourgeois » G.I TURKIN ? Doit International public, problèmes théoriques, paris edA.PEDONE 1965 PAGE 125.

الداخلي للدول [202] خاصة إذا علمنا أن إتفاقية جنيف المبرمة في 26 سبتمبر 1927 الخاصة بتنفيذ القرارات التحكيمية إتضحت محدوديتها بسبب عدم إنضمام كل من الولايات المتحدة الأمريكية والإتحاد السوفياتي إليها.[203]

أمام ضغوط المجموعات الإقتصادية المصدرة لرؤوس الأموال داخل غرفة التجارة الدولية، قامت هذه الأخيرة بإقتراح نص الإتفاقية والتي كان الهدف منها تقرير حماية دولية لبنود اللجوء إلى التحكيم الدولي والسماح بتنفيذ مقرراتها خارج الدول التي تم على أراضيها النص على منطوق القرار التحكيمي، وهو الأمر الذي يؤدي بنا إلى القول أن مضمون إتفاقية نيويورك ليس هو إلزام الدول على القبول باللجوء إلى التحكيم الدولي فيما قد يثور من نزاع مع مستثمر أجنبي، **إنما تمثل مضمون الإتفاقية في إلتزام الدول المنظمة إليها على إحترام وتطبيق القرارات التحكيمية الصادرة عن المحاكم الناظرة في التراعات الناشئة عن تطبيق عقود فيما بين الدول والمستثمرين الأجانب،** هذه العقود التي يشترط فيها النص على اللجوء إلى التحكيم الدولي.

بعبارة أخرى فإن الإتفاقية تلزم الدول المتفقة في إطار عقود للإستثمار مع مستثمر أجنبي على فض ما قد يثور من منازعات **بشأن تنفيذ** هذه العقود عبر إجراءات تحكيمية دولية مع **الالتزام بإحترام القرارات التحكيمية المترتبة عنها [204] مهما كان الأثر الإقتصادي أو الإجتماعي على الدولة المضيفة.**

يبدو جليا إذن أنه وعبر إتفاقية نيويورك مكن الحكم الدولي من الأدوات القانونية والإجراءات التي تجعل من قراراته قابلة للتنفيذ بموجب إلتزام دولي، وهو الأمر الذي رفضته دول أمركا اللاتينية – إلى غاية الثمانينات – إعتمادا على نظرية الأستاذ كلفو سعيا منها إلى تجنب دولته l'internationalisation منازعاتها التجارية والإقتصادية مع المستثمرين الأجانب.

ثالثا : إتفاقية واشنطن - المركز الدولي من أجل فض المنازعات المتعلقة بالإستثمارات - cirdi

بمبادرة من البنك الدولي تم إنشاء المركز الدولي من أجل فض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات فيما بين الدول ورعايا الدول الأخرى وتم ذلك في 18 مارس 1965، ودخلت الإتفاقية حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966 بعد إنضمام 20 دولة – المادة 68 من الإتفاقية [205].

202- S.J TOOPE , Mixed international arbitration, Cambridge Grotius Publications limited 1990, notamment pages 17 à 44 cité par R.BERCHAUD op-cit page 15.
203- R.BERCHAUD op-cit page 16.

204- مع وجود بعض الاستثناءات نصت عليها المادة الرابعة من الاتفاقية.

205- Le règlement des différents – Centre International pour le règlement des différents relatifs aux investissements- CNUCED-www.unctad.org 2003 page09.

إن إنشاء هذا المركز يندرج ضمن إستراتيجية البنك الدولي خلال تلك المرحلة الرامية إلى دعم التنمية إعتمادا على رؤوس الأموال الخاصة وسعيا من البنك لتجنب مخاوف المستثمرين الأجانب خاصة بالنسبة لأشكال فض المنازعات ، عمل البنك الدولي ادن عبر إنشاء المركز على تقديم وسائل للتسوية الودية للنزاعات فيما بين الدول المنظمة للمركز وكذا رعايا الدول الأخرى المنظمة.

تنص الإتفاقية على **أن الهدف الأول من إنشاء المركز هو ترقية التنمية الإقتصادية عبر تسهيل الإستثمارات الأجنبية الخاصة من خلال خلق جو ملائم لتلك الإستثمارات الدولية**، وقد تضمنت مقدمة الإتفاقية: **"...إعتبارا من أن التعاون الدولي من أجل التنمية الإقتصادية وبالنظر إلى الدور الأكيد الذي أصبحت تلعبه الإستثمارات الخاصة الدولية.." [206].**

مقارنة مع التحكيم الخاص Arbitrage Ad-hoc فإن الإتفاقية تقدم مزايا أساسية من بينها : إعتمادها على ميكانيزم محدد لكيفيات فض المنازعات يعتمد على مواد وقواعد إجرائية نموذجية، إضافة إلى الدعم المؤسساتي المرتبط بإجراءات التحكيم كما يضمن تنفيذ الإجراءات وينص على الإعتراف وتنفيذ المقررات التحكيمية .

يمكن نظام المركز كل من الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي من اللجوء إليه ، غير أن الواقع العملي يبين أنه وفي غالبية الأحيان فإن المستثمر الأجنبي هو الذي يلجأ إلى التحكيم عبر المركز.

تنص المادة 25 ف1 من الإتفاقية المنشأة للمركز أن الإختصاص يشمل المنازعات ذات الطبيعة القانونية التي تثور بين الدولة المنظمة أو إحدى هيئاتها العمومية أو الهيئات الأخرى التابعة لها و المستثمر الأجنبي التابع لإحدى الدول الأخرى المنظمة للمركز، والذين تجمعهم علاقة مباشرة بشأن الاستثمار[207] مع إشتراط توافق إرادة الطرفين المكتوبة لطرح النزاع أمام المركز.

يبدو أن توافق الطرفين على طرح النزاع أمام المركز هو الشرط الأساسي المحدد لإختصاص المركز ويقدم في هذا الشأن شكلين أساسيين للنظر في النزاع المقدمة هما التوافق والتحكيم.

تمكن الإتفاقية المركز من النظر في المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الدولية ، على أن يتعلق النزاع بموضوع أو مجموعة من المواضيع ذات الطبيعة القانونية ، مع ملاحظة تجنب واضعي الإتفاقية التعريف بالاستثمار المعنى ثم إن المضامين المقدمة للاستثمار عبر الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية لا تلزم المركز من حيث اختصاصه أو عدمه، **هو الأمر الذي يعبر عن إرادة الأطراف المنظمة من تمكين المركز من النظر و البث في القضايا و إشكالات الاستثمار الدولي من دون التقيد بمفاهيم نظرية تعريفية لا تتناسب و المضامين المتطورة و الحركية للاستثمار بمفهومه العملي.**

206- "Considérant la nécessité de la coopération internationale pour le développement économique, et le rôle joué dans ce domaine par les investisseurs privés internationaux ... » Préambule de la convention.

207- لم تقدم الإتفاقية أي تعريف للإستثمار وهو ما من شأنه توسيع إختصاص المركز.

أما من حيث الاختصاص التشريعي – القانون الواجب التطبيق – فإن الإتفاقية المنشأة للمركز قدمت الإطار الإجرائي الخاص بالممارسة التوفيقية أو التحكيمية، سعيا منها لاجتذاب أكبر عدد ممكن من الدول اعتبارا من أن تحديد القواعد القانونية المتناولة لموضوع النزاع كان من شأنه خلق صعوبات كثيرة مرتبطة بداية و نهاية بتناقض المصالح.

من جهة أخرى، تبقي الإتفاقية في مواجهة المحاكم التحكيمية التابعة للمركز على إرادة الأطراف في مجال اختيار القواعد القانونية المطبقة على موضوع النزاع، و في حالة غياب هذا التوافق تلتزم المحكمة بتطبيق قانون الدولة المضيفة إضافة إلى التشريع الدولي – المادة 42-[208]

من جانب آخر فإن الإنضمام إلى الإتفاقية المنشأة للمركز لا يعني بصفة آلية القول باختصاص المركز للنظر في المنازعات المتعلقة بالاستمرار ، إن ارتضاء اختصاص المركز يتخذ أشكالا مختلفة :

- وجود اتفاق خاصة تجمع الدولة المضيفة بالمستثمر الأجنبي.
- النص في احد بنود عقد امتياز مثلا على اختصاص المركز.
- النص على اختصاص المركز عبر تشريع وطني محدد.
- انضمام كل من الدولة المضيفة و دولة المستثمر الأجنبي إلى اتفاقية دولية تنص على اختصاص المركز[209].

قدم من جانب آخر المركز دعما مؤسساتيا للأطراف المتنازعة يشمل بصورة أساسية دور الأمين العام للمركز في المحافظة على قائمة بأسماء الدول المنظمة و معلومات مستفيضة بشأن دورها في الاتفاقية ، إضافة إلى المحافظة على قوائم خاصة بلجان التحكيم و سجل خاص بطلبات التحكيم يشتمل على مسار الإجراءات التحكيمية و تطورها إضافة إلى أرشيف القرارات التحكيمية الأصلية ، و كذا مختلف الوثائق و المستندات ذات العلاقة بالإجراء التحكيمي.

من جانب آخر يعمل الأمين العام للمركز و المستخدمين الآخرين التابعين للأمانة على تقديم الدعم الإداري المرتبط بالإجراء التحكيمي، من حيث تحديد مكان الاجتماعات ، الترجمة و توفير أمانة لكل محكمة تحكيمية تختص بتسيير الجلسات و تنظيمها و إعداد التقارير بشأن كل جلسة ، و كذا إعداد الصيغ الأولية للأوامر الإجرائية، و يقوم من جانب آخر بدور الوسيط بين المحكمين و الأطراف في النزاع بشأن المسائل التنظيمية ، يناط بالأمين العام مهمة محاسبية تخص المصاريف الخاصة بالمركز و أتعاب المحكمين...

208- « La relation entre le Droit International et la législation national a joué un rôle important dans la pratique du CIRDI. Les tribunaux du CIRDI ont affirmés que lorsque les deux système » juridiques sont compétent, il est indispensable d'avoir recours à la législation de l'Etat hôte, mais le Droit International à une fonction supplémentaire et corrective - Le règlement des différents – Centre International pour le règlement des différents relatifs aux investissements- CNUCED-www.unctad.org op cit page 15

209- « La plupart des « BIT » ainsi que certains traités régionaux en matière d'investissements contiennent de telles offres. Ces dossiers les plus récents portés devant le CIRDI indiquent que le consentement par accord direct entre les parties laisse place à un consentement par l'intermédiaire d'une offre générale de l'Etat hôte, qui et ultérieurement acceptée par l'investisseur, souvent simplement en ouvrant une procédure » Le règlement des différents – Centre International pour le règlement des différents relatifs aux investissements- CNUCED-www.unctad.org op cit page16.

تتميز الإجراءات الخاصة بالمركز بالاستقلالية عن كل سلطة قضائية وطنية و لا يمكن لهذه الأخيرة تعليق أو التأثير بأي شكل من الأشكال على إجراءات المركز حتى و لو أقيم التحكيم داخل اختصاصها الإقليمي ، يمكن للمحاكم الوطنية الأمر بتدابير وقتية و يشترط لنفاذها موافقة الأطراف.

تنص الإتفاقية من جهة أخرى على أنه يعود للمحكمة التحكيمية تقديم الدلائل من دون الاستعانة بالمحاكم الوطنية ، ثم إن الطعن أو أي شكل من أشكال مراجعة القرار التحكيمي الصادر عن المركز يعد ممنوعا و غير ساري – المادة 52[210] - .

أما عن انضمام الدول المستقبلة لرؤوس الأموال إلى اتفاقية واشنطن فيذهب الفقه إلى اعتبار **السلطة الأدبية** للبنك الدولي في علاقاتها مع هذه الدول ، أدت بهذه الأخيرة إلى الإنضمام إلى المركز [211] كما سبق و أن بينا فإن الإختصاص التشريعي بحسب المادة 42 من الاتفاقية في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن موضوع النزاع، إنما هو مكفول بإرادة الأطراف المتنازعة و اتفاقها على القواعد القانونية و المرجعية التشريعية للفصل في النزاع ، غير انه وفي حالة غياب هذه الإرادة أو عدم توافقها فإن المحكمة التحكيمية تفصل في النزاع اعتمادا على قانون الدولة الطرف في النزاع – و التي تكون في الغالب الدولة المضيفة - ، و يشتمل الاختصاص كذلك المسائل التقنية المتعلقة بتنازع القوانين - إضافة إلى مبادئ القانون الدولي في مجال الاستثمار.

غني عن البيان أن علاقات القوة التي تترتب عن العملية الاستثمارية، تمكن الطرف المصدر لرؤوس الأموال من فرض القواعد العامة للقانون الدولي على الطرف المستقبل عبر بنود عقود الاستثمار المعنية، غير أن الملاحظ أن اتفاقية واشنطن المشأة للمركز الدولي لفظ المنازعات المتعلقة بالاستثمار ، لم تتردد كثيرا في النص على القواعد العامة للقانون الدولي في مجال الاستثمار و هو الأمر الذي لم تقدم عليه غرفة التجارة الدولية كما رأينا على اعتبار أنها اكتفت بالنص على الممارسات التجارية الأكثر عدالة ، **يبدو من جهة أخرى أن وضعي الإتفاقية المنشأة للمركز و عبر المادة 42 قد فصلوا في النقاشات الفقهية الخاصة بأسبقية القانون الداخلي أو القانون الدولي من حيث أنهم اعتبروا أن الأحكام التحكيمية المقررة اعتمادا على القانون الداخلي تبقى في حاجة إلى مواجهتها مع مضمون قواعد القانون الدولي المنظمة لنفس الموضوع قصد تأكيد حجيتها [212].**

مقارنة كذلك بأحكام الغرفة الدولية للتجارة فإن اتفاقية واشنطن لم تتضمن النص على ما يعادل المجلس الدولي للتحكيم ، ذلك أن المركز تم إنشاؤه اعتمادا على اتفاقية دولية و ليس تبعا للائحة صادرة عن الغرفة الدولية للتجارة، و هو الشيء الذي من شأنه تقديم أكثر الضمانات الموضوعية للدول المضيفة.

210- L'article 52 de la convention prévoit un système autonome pour l'annulation des sentences arbitrales, dans des circonstances très spécifiques- Le règlement des différents – Centre International pour le règlement des différents relatifs aux investissements- CNUCED- www.unctad.org op cit page18.

211- R-David – l'arbitrage dans le commerce International- Paris Economica,1982 op cit page 224.

212- « Le droit International devient ainsi hiérarchiquement supérieur au droit national parce qu'une décision arbitrale prise selon le second devra être confrontée au premier afin d'en confirmer la validité » - S.J TOOPE , Mixed international arbitration, Cambridge Grotius Publications limited 1990 op cit page 240

هذا كما كان لنا أن نلاحظ أنه و منذ 27 سبتمبر 1978 أصبح بإمكان الأمين العام للمركز اعتمادا على بنود الميكانيزم الإضافي لاتفاقية واشنطن ، **إدارة المنازعات غير المنصوص عليها ضمن مجال تدخل المركز** بحيث يكون له الإهتمام بالمنازعات المتصلة ب:

أ- المنازعات القائمة بين طرفين أحدهما دولة ليست منظمة إلى المركز.

ب- بشأن نزاع لا يتعلق مباشرة بالاستثمارات الدولية ، كما يمكنه كذلك مباشرة إجراءات التحري [213].

ت-

رابعا - نظام التحكيم الخاص بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي [214] CNUDCI:

"بعدما أصبح جليا على مستوى الفقه و الممارسة التجارية الدولية من أن إقرار نظام خاص بمسائل التحكيم الدولي مقبول على مستوى كل النظم القانونية ، الإجتماعية و الإقتصادية من شأنه تدليل صعاب التنمية مع ما يميز العلاقات الاقتصادية الدولية من تناقضات" ، تحت هذا العنوان (البرنامج) تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15 ديسمبر 1976 نظاما للتحكيم الدولي.

ما يمكننا القول بشأن هذا النظام التحكيمي الدولي كونه لم يكن وليد اتفاقية دولية كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية و التي تلتزم الدولة بمقتضياتها من تاريخ المصادقة عليها، إن النظام التحكيمي للجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي يشبه إلى حد ما من حيث قواعده نظام المركز الدولي لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الدولية و كذلك النظام التحكيمي للغرفة الدولية للتجارة ، على اعتبار أن اللجوء إليه اختياري و لا يمكن تنفيذ مقتضياته إلا بموافقة و قبول أطراف النزاع [215] أو إذا ما تم النص عليه عبر الإتفاقية المنظمة للاستثمارات و حمايتها بين الدول المصدرة و المستوردة لها.

أما عن الفوارق و الاختلافات بين نظام التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري و نظامي الغرفة الدولية للتجارة و المركز الدولي فإن النظام الأول لا يرتبط بأي تنظيم مؤسساتي مما يجعله أكثر استقلالية، تمكن و بكل يسر أطراف النزاع من تعديل أحكامه الإجرائية بما يتفق و إرادتهما المستقلة [216].

بمعزل عن الخصوصيات المميزة لكل نظام تحكيمي فإنه بإمكاننا القول أن نظم التحكيم الدولي للمركز الدولي أو للغرفة الدولية للتجارة أو للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، تتقارب إلى حد بعيد ذلك أن النظم الثلاثة تبقي على حرية الأطراف في تحديد قواعد سير الدعاوى le caractère volontariste و تتشابه من حيث القواعد المنظمة لتشكيل المحكمة التحكيمية، كما يمكن كل نظام المحكمة من النظر في مدى اختصاصها و تبقي النظم الثلاثة على مبدأ سرية الأحكام التحكيمية إلا إذا ذهبت إرادة الأطراف إلى خلاف ذلك .

213- R.BACHAUD op-cit page 18.

214-Créée en 1966 par l'assemblée générale des nations unies afin de facilité le commerce international. Elle tente depuis d'harmoniser et d'uniformiser les législations nationales en matière de droit commercial site web www.uncitral .org

215-L'article 1-1- dispose que « si les parties à un contrat sont convenus par écrit que les litiges se rapportant à ce contrat seront soumis à l'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI , les litiges seront tranchés selon ce règlement sous réserve des modifications convenues entre les parties par écrits » on propose même un libellé type de clause compromissoires obligeant les parties à référer au règlement du CNUDCI leurs différents qui se lit ainsi : « Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou une convention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera trancher par voie d'arbitrage conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI » R.BACHAUD op-cit page 20.

216- R.BACHAUD op-cit page 20.

و من جهة أخرى يمكننا تعداد بعض نقاط الإختلاف غير الجوهرية مثالها إمكانية مراجعة قرار تحكيمي دولي صادر عن المركز الدولي في حالة اكتشاف وقائع لم تكمن معلومة خلال المحاكمة، و هي القاعدة التي لا نجد لها مثال في النظم التحكيمية الخاصة بالغرفة أو تلك الخاصة بلجنة الأمم المتحدة.

بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع و بالرغم من اختلاف العبارات المستعملة في كل نظام تحكيمي إلا أننا نجد أنفسنا أمام نفس المبادئ أي **قانون العقد** إن وجد أو **إرادة الأطراف** إن عبر عنها و اتفقت، ثم **القواعد المناسبة التي يختارها الحكم** [217] **أو قانون الدولة المنظمة** [218] بما في ذلك قواعد تنازع القوانين بالإضافة إلى **قواعد القانون الدولي المتناولة لموضوع النزاع** [219].

قد مكنتنا دراسة الآليات الدولية للتحكيم في مجال الاستثمارات الدولية من الوقوف على حقيقة مفادها توجه هذه الآليات إلى إقرار مبدأين أساسيين هما:

- **التنصل المستمر من البعد السياسي** لطرح المنازعات و الخلافات - la dépolitisation des contentieux liés aux investissements internationaux-
- **التوجه نحو دولنة المنازعات**. L'internationalisation des litiges propres aux investissements internationaux

أما عن المبدأ الأول و على اعتبار أن هذه الآليات تمكن المستثمر الأجنبي بنفسه و من دون تدخل الدولة التابع لها من (مقاضاة) الدولة المضيفة عندما يتم النص على هذه الأشكال و الآليات داخل عقود الاستثمار بينه و بين الدول المضيفة، أو داخل اتفاقيات الاستثمار التي تجمع دولهم و الدول المضيفة للاستثمار، هذه الوضعية التي سمحت بها علاقات القوة المواتية للمستثمرين الأجانب ، بسبب كثرة الطلب على رؤوس الأموال الأجنبية.

هذه الميزة التي أصبح يتمتع بها المستثمر الأجنبي بفضل - و عن طريق- أليات التحكيم الدولي لانجد لها مثال بالنسبة للمستثمر الوطني، الذي لا يملك إلا اللجوء إلى القاضي الوطني مع كل مايرتبه هذا التطور في مواجهة الدول النامية تحديدا التي تجد صعوبات كبيرة في الإبقاء على الفوائد المترتبة على إقتصادها الداخلي.

أما عن المبدأ الثاني فقوامه أن الآليات " الدولية " تسعى إلى توسيع رقعة سيادة المبادئ العامة للقانون الدولي في مجال الإستثمارات الدولية كقواعد قابلة للتطبيق وكمرجعية لتكييف المنازعات والفصل في موضوعاتها، وبالتالي أسبقيتها على القانون الداخلي أو على الأقل تطبيق القانون الداخلي بما لا يتناقض مع مبادئ القانون الدولي.

217-- إتفاقية واشنطن المادة 51.

218- نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية المادة 17 ف 1.

219- إتفاقية واشنطن المادة 42 (01).

الخاتمة

ليس من اليسر بمكان الوقوف على خلاصة وحيدة نختتم بها ومن خلالها موضوعا ذو روابط معرفية متعددة ومثيرة للكثير من المسائل القانونية والفقهية كموضوع تأطير الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي.

لقد كان مسعانا منذ البداية متواضعا، ولكن بالأساس مركزا على جملة من النقاط رأينا - من خلال مجموعة المطالعات والمراجع التي إعتمدناها - أنها السبيل إلى بلورت رؤية واضحة وإستشرافية لمصير العلاقات الإقتصادية الدولية في مجال الإستثمارات الدولية بالنظر إلى المعطى القانوني الوطني والدولي.

لقد مكنتنا الدراسة من الوقوف على جملة الحقائق المكرسة في عالم سيادة التبادل الحر وعقود الإستثمار النموذجية وإتفاقيات تشجيع الإستثمار وحمايته من الجيل الثالث والرابع :

1- الإنهيار المتواصل لدور الدولة الوطنية في مجال تحديد الخيارات الإقتصادية ووضع الأطر القانونية المواتية والمراقبة.

2- التوجه المتسارع إلى توحيد النماذج التشريعية الوطنية المنظمة لإستقبال وحماية الإستثمار الأجنبي.

3- دولنة الإشكالات القانونية المرتبطة بالإستثمار الأجنبي من حيث التواجد والحماية.

4- التراجع المتواصل لدور التشريع الوطني، كعامل محفز للإستثمار الأجنبي وحمايته اللهم إلا فيما يستنسخه من قواعد القانون الدولي.

5- تركيز العمل الدولي على مسألة التقنية والعملية المرتبطة بالإستثمار الأجنبي وحمايته وتراجع أدبيات الحق في التنمية وحمايته.

6- على المستوى الوطني بروز تنوع و تعدد مصادر جديدة للقاعدة القانونية تتميز بطبيعة مختلفة و غير محددة الأسبقية، بحيث أصبح العقد يسبق القانون و السابقة القضائية تحدد و تفسر القانون بحسب "الحالة القانونية" المعروضة عليها، ليصبح التشريع مجرد تعبير غامض "لتوجيهات عامة"، الغرض منها تحقيق الوفاق السياسي محليا و دوليا ،أكثر من إرساء قاعدة قانونية عامة و مجردة.

7- على المستوى الدولي إن الحماية الوطنية والدولية للإستثمار الأجنبي السائدة عبر النصوص التشريعية والإتفاقيات الدولية تقدم لنا أولى بوادر الخلل في علاقات إقتصادية دولية تتجه أكثر فأكثر فهو التداخل وليس التكامل عبر آلة وليس آلية العولمة.

تمت بحمد الله

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية.

1- الكتب:

- **الأستاذ عادل أمين** - قانون ضمان وحوافز الإستثمار – القانون رقم 8 لسنة 1997 ولائحته التنفيذية مطبعة الإنتصار القاهرة 1997.
- **الأستاذ عليوش قربوع كمال** - قانون الإستثمارات في الجزائر - ديوان المطبوعات الجامعية 1999.
- **الأستاذ فؤاد حجري** - قانون الإستثمارات – " النصوص القانونية – ديوان المطبوعات الجامعية2006.
- **الأستاذ لمين شريط** - حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية - ديوان المطبوعات الجامعية 1985.
- **د محمد حافظ** – مبادئ القانون الدولي - مطابع نهضة مصر الطبعة الرابعة 1964
- **د إبراهيم شحاتة** - الضمان الدولي للإستثمارات الأجنبية- دار النهضة العربية 1981.
- **د إبراهيم محمد الفار** – إتفاقية منظمة التجارة العالمية ومدى تأثيرها على إقتصاديات الدول العربية- دار النهضة العربية 1999.
- **د أحمد عبد الحميد عشوش** - النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية في مصر - دار النهضة العربية القاهرة 1988.
- **د أحمد عبد الرزاق خليفة سعيدان** - القانون والسيادة وإمتيازات النفط مقارنة بالشريعة الإسلامية مركز دراسات الوحدة العربية – سلسلة أطروحات دكتوراه – الطبعة الثانية – بيروت لبنان 1997.
- **د بن عامر تونسي** - أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر- منشورات دحلب 1995.
- **د بن عامر تونسي** - المسؤولية الدولية – العمل الدولي غير المشروع كأساس لمسؤولية الدولة الدولية- منشورات دحلب 1995.
- **د عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن** - المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي – بدون ذكر لدار النشر 1990.

- **د عبد العزيز سعد يحيى النعماني** - المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن و مصر " دراسة قانونية مقارنة"- دار النهضة العربية 2002.
- **د فتحي عبد الصبور** - الآثار القانونية للتأميم والحراسة الإدارية على الأموال – عالم الكتب القاهرة 1967.
- **د قادري عبد العزيز** - الاستثمارات الدولية التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات - دار هومة 2004.
- **د محمد حسين إسماعيل** - النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية- الإدارة العامة للبحوث 1994.
- **د مصطفى سلامة حسين** - التنظيم الدولي للشركات المتعددة الجنسيات – دراسة تحليلية وتأصيلية لقواعد السلوك الدولي لمنظمة النشاطات الشركات المتعددة الجنسيات القاهرة – دار النهضة العربية 1982.
- **د هشام خالد** - الحماية القانونية للإستثمارات العربية – مؤسسة شباب الجامعة1977.
- **د هشام خالد** - عقد ضمان الإستثمار- القانون الواجب التطبيق عليه وتسويته المنازعات التي قد تثور بشأنه - الفكر الجامعي 2000.
- **د هشام صادق** - الحماية الدولية للمال الأجنبي- الدار الجامعية- 1998
- **د هشام على صادق** - النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية - منشأة المعارف الإسكندرية 1977.
- **د/ محند إسعاد** - القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني – القواعد المادية ترجمة د. فائز أنجق ديوان المطبوعات الجامعية – المنشورات الجامعية والعلمية 1989.
- **شيخ الأزهر د/ محمد سيد الطنطاوي** - معاملات البنوك وأحكامها الشرعية- الهيئة المصرية العامة للكتاب القاهرة 1998.
- **مجموعة من الباحثين** – دراسات حول ضمانات الإستثمار في قوانين البلاد العربية – معهد البحوث والدراسات العربية1978.
- **المعجم الوجيز** منشورات مجمع اللغة العربية – مجموعة مصر العربية – الهيئة العامة لشؤون المطابع الأمريكية 1995.

2 - المقالات المتخصصة

- **الأستاذ زيدان محمد** – الاستثمار الأجنبي المباشر في البلدان التي تمر بمرحلة انتقالية – نظرة تحليلية للمكاسب والمخاطر – مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا . الجزائر . الشلف جامعة حسيبة بن بوعلي العدد الأول ص 117.
- **الأستاذة ثريا على حسين لورفلي** – محددات نمو الاستثمار الأجنبي المباشر- "الدروس المستفادة " ورقة عمل مقدمة أمام المؤتمر الوطني حول الاستثمار الأجنبي في الجماهيرية الليبية 1997.
- **د إبراهيم شحاتة** - القواعد الإرشادية للبنك الدولي بشأن معاملة الاستثمارات الأجنبية - مصر المعاصرة السنة 83 العدد 427 بتاريخ جانفي 1992
- **د عبد الله عبد الكريم عبد الله** - ضمانات الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية - دراسة في أحكام اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار" ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال المؤتمر القانوني "الجديد في عمليات التامين (الضمان) و الذي نظمته كلية الحقوق جامعة بيروت العربية و المنعقد في الفترة من 24-26 افريل 2006.
- دراسات حول ضمانات الاستثمار لقوانين البلاد العربية – معهد البحوث و الدراسات العربية 1978
- قوانين الاستثمار في الوطن العربي، جامعة الدول العربية ، الأمانة العامة، الإرادة العامة للشؤون الاقتصادية سنة 1978.

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية.

A- Les ouvrages

Ahmed MAHIOU –Cours de Contentieux Administratif – Alger OPU 1978
Belkacem BOUZANA – Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés Etrangères- OPU publisud 1985
Denis TERSEN et Jean Luc BRICOURT – L'investissement International – Arnaud colin 1996.
Dominique CARREAU, Thiébaut Flory , Patrick JUILLARD –Manuel Droit International Economique- 3ème édition 1990 Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
Droit International : Bilan et perspective, Dir M.BEDJAOUI Tome 2 Paris, A. Pédone, 1991.
G.I TURKIN – Droit International Public problème théoriques- Paris Editions A.PEDONE 1965.
Jean ROBERT – L'Arbitrage, Droit interne, Droit International Privé – DALLOZ 6ème édition 1993.
Mahfoud BOUHACENE – Droit International de la Coopération Industrielle- OPU 1982.
Maria BETATI – Le Nouvel Ordre International- que sais-je PUF Alger Edition DAHLEB 1985.
Merciai PATRIZIO – Les Entreprise multinationales en Droit International- Bruxelles BUYLANT 1993.
Mohamed Abdelwahab BEKHECHI – La constitution Algérienne de 1976 et le Droit International OPU Alger 1989.
Mohamed BEDJAOUI –Pour un Nouvel Ordre International- UNESCO 1979
Paul RENTER –Introduction au droit des traités Paris A. Colin 1996
Rabah MAHIOUT – Le Pétrole Algérien- Edition A.D Alger 1974.
Robert CHARVIN – L'investissement International et le Droit du Développement- L'Harmattan 2002.
Walid LAGGOUNE – Le contrôle de l'Etat sur les Entreprises privées Industrielles en Algérie- Genèse et Mutations- les Editions Internationales 1996.

B- Les études spécialisées

A- KASSIS – Réflexion sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale : les déviations de l'arbitrage international, Paris LGDJ. 1988
Ahmed MAHIOU –Remarques sur les positions de l'Algérie en matière d'arbitrage- Evolution du droit de l'arbitrage en Algérie-. Revue mutation No 44.
Alain Redferm, Martin Huter, Murray Smith, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international (traduit de l'anglais par Eric Robine) L.G.D.J 1994
Dahmane BENABDERRAHMANE – Le Doit algérien de l'arbitrage International – Site Web.
Hamid GHARAVI – Le nouveau Doit Iranien de l'arbitrage Commercial International- Revue de l'arbitrage 1999 Vol 1.

Hans CHRISTIANSEN et Ayse BERTRAND – Tendance et évolution récente de l'investissement direct Etranger- OCDE Site Web Juin 2004.
Julien FOURET et Dany KHAYAT – Centre International pour le règlement des différents relatifs aux investissements- Revue québécoise de Doit International 18.02.2005 – site web.
Kalthoum MEZIOU – Le Droit de l'Arbitrage International en Tunisie- Revue Tunisienne de l'Arbitrage Année 2004.
M.Bedjaoui –Aspects internationaux de la constitution Algérienne A.F.D.I 1977
Marouana ALAYA – Investissement direct étranger et croissance économique- le cas de la Tunisie – séminaire Doctoral du GDRIEMMA Université de Nice le 26 mars 2004.
Mohamed Abdelwahab BEKHECHI : L'investissement et le Droit : réflexion sur le nouveau « code » Algérien. Décret législatif 93.12 Revue Droit et pratique du Commerce International 1994 No 01.
Mohand ISSAD Le décret législative du 23.04.1993 relatif à l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage, Paris 1993
Nipa BANEJEE – Tendance récentes de l'investissement étranger direct : une comparaison entre le Canada et les Etats unis et le Mexique – publié sur le site du Ministère des affaires étrangère et du commerce international canadien Décembre 1997.
P. FOUCHARD, E. Gaillard et B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage COMMERCIAL INTERNATIONAL ? Paris ? litec 1996
P.FOUCHARD -Ou va l'arbitrage international ? 1989 Revue de Droit MC GILL
Pascal SCHONARD La protection international des investissements étrangers – quel impact sur les politiques des états d'accueil ? ENA France 2003
R-David – l'arbitrage dans le commerce International- Paris Economica,1982
Réni BERCHAUD – Les mécanismes de règlement des différends relatifs aux investissements L'ALENA comme modèle Groupe de recherche en économie et sécurité – GRES- FEVRIER 2000.
Robert GUILLAUMOUD – l'Arbitrage en Chine- ADAMAS Avocats associés site Web 2002.
Saskia K.S WILHELMS et Stanley MORGAN Dean Witter – L'investissement Etranger Direct et ses Eléments déterminants dans les Economies naissantes – Agence des Etats Unis pour le Développement International Washington , D.C Juillet 1998.
Walid LAGGOUNE – La réforme du régime juridique des investissements privés – la loi du 12 juillet 1998 relative à l'orientation des investissements privés nationaux- revue Algérienne No 02 Mars 1989.
Walid LAGGOUNE « Question autour du nouveau code des Investissements in revue de l'ENA IDARA Vol 4 No 1 1994.
Yves Nouvel - Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux - Revue Général du Droit International Public 2002

C- Documents

- L' « Expropriation indirecte » et le « Doit de règlementer » dans le Droit International – Documents OCDE No 04.2004 site WEB –

- Sentence arbitrale CIRDI No ARB /03/08 CONSOZIO Groupement L.E.S.I DIPENTAC / La République Algérienne Démocratique et Populaire site officiel de la CIRDI.

- Le droit des affaires et le développement du secteur privé en Algérie – Département Finance, secteur privé et infrastructure Région Moyen orient et Afrique du nord , BANQUE MODIALE -27.04.2005. Site web de la BIRD.

- L'avenir Hypothéqué : Comment les accord commerciaux et d'investissement conclu entre les pays riches et les pays pauvres sapent le développement OXFARM International Mars 2007.

- La norme du traitement juste et équitable dans le Droit International des investissement OCDE Septembre 2004.

- Amélioré le mécanisme de règlement des différents entre investisseurs et Etats : vue d'ensemble OCDE Février 2006.

- Loi type de la CNUDCI SUR l'arbitrage commercial International avec les amendements de 2006 site officiel de la CNUDCI.

- Le règlement des différents – CIRDI- CNUCD Nations unies New York et Genève,2003.

-Accord Multilatéral sur l'investissement – texte et commentaire consolidé- Organisation de coopération et de développement économique OCDE Octobre 1997-

- Relation entre les accords internationaux sur l'investissement – document de travail sur l'investissement international – Publication OCDE No 01 Mai 2004.

- CNUCED Base de donnée 1959-1999 –Word Investment report 2002-2003 – site web.

- Examen de la politique de l'investissement de l'Algérie CNUCED 2004

- Expérience d'approches bilatérales et régionales de la coopération multilatérale dans le domaine des investissements internationaux à long terme, en particulier l'investissement Etranger direct- note du secrétaire de la CNUCED 2002

- Guide de l'investisseur étranger en matière de change – office des changes royaume du Maroc- sans date

- Comment accroitre la sécurité des investissements français à l'étranger ? Pour une rénovation des instruments conventionnels chambre de commerce et d'industrie de paris 2000

- Le Droit des affaires et le développement du secteur privé en Algérie. Rapport de la Banque mondiale site web officiel rapport préparé par M BEKHECHI 2002

- Règlement d'arbitrage de la CCI disponible sur le site web www.ICC.ORG-

- Le règlement des différents – Centre International pour le règlement des différents relatifs aux investissements- CNUCED-www.unctad.org 2003